Maestros del Derecho Penal
Director: Gonzalo D. Fernández - Coordinador: Gustavo E. Aboso

Eugenio Raúl Zaffaroni

EN TORNO DE LA CUESTIÓN PENAL

Copia privada para fines exclusivamente educacionales. Prohibida su venta

18

editorial B de f
Montevideo - Buenos Aires

EN TORNO DE LA CUESTIÓN PENAL

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI
Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología
de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Universidad de Buenos Aires.
Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

EN TORNO DE LA CUESTIÓN PENAL

editorial B de f
Montevideo - Buenos Aires

2005
Julio César Faira - Editor

I.S.B.N.: 9974-578-44-2

Colección: Maestros del Derecho Penal, Nº 18
Dirigida por: Gonzalo D. Fernández, catedrático de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay.
Coordinada por: Gustavo Eduardo Aboso, profesor de Derecho Penal, Parte General, en las Universidades de Buenos Aires y de Belgrano, República Argentina.

En Montevideo, República Oriental del Uruguay:
© B de F Ltda.
Buenos Aires 671 (CP 11000), tel.: 916-6521 y telefax: 916-5238
e-mail: bdef@netgate.com.uy

En Buenos Aires, República Argentina:
© Euros Editores S.R.L.
Av. Congreso 4744 (C1431AAP), tel.:4523-6225
Tucumán 1484, 9º "C" (C1050AAD),
Tel.: 4371-7936 y telefax: 4371-7510
e-mail: euros@ciudad.com.ar

Hecho el depósito que establece la ley. Derechos reservados.

Impreso en la Argentina, en el mes de enero de 2005 por:
Su Gráfica, Basabilvaso 950. Tel.: 4247-1268
(Lanús Este) República Argentina.

PRESENTACION

Desde el punto de vista estrictamente informativo –esto es, en orden al nivel de difusión pública del autor y de su obra–, escribir una presentación introductoria a propósito del Prof. Dr. Eugenio Raúl ZAFFARONI *constituye, a todas luces, una flagrante e innecesaria obviedad, cuasi rayana en el atrevimiento. En efecto,* ZAFFARONI *es –por derecho propio y méritos sobrados– uno de los penalistas de mayor enjundia y mejor conocidos en el círculo académico, tanto en Latinoamérica como en Europa.*

Su extensa y valiosísima producción científica, que arranca con la Teoría del delito, *editada en 1973 –un libro que a él le parece superado, pero al cual yo continúo considerando un estupendo manual–, ha sido incesante desde entonces, hasta culminar con la nueva exposición de la Parte General –donde se decanta y refunde el anterior* Tratado–, *aparecida en el año 2000. Se trata, toda ella, de una obra verdaderamente monumental, propia de un trabajador infatigable, meticulosamente documentado y dotado de una envidiable visión crítica.*

Aquí y allá, naturalmente, se podrá coincidir o discrepar con las ideas que expone –muchas veces revulsivas, provocadoras, interpelantes–, mas sin dejar de reconocerle su excepcional magisterio docente, al igual que la inaudita originalidad de su pensamiento dogmático y político criminal.

Si hubiera que resaltar las notas distintivas que caracterizan la vertiente fundamental de este gran penalis-

ta argentino –las cuales, por otra parte, quedan al descubierto en la recopilación de artículos monográficos que hoy ofrecemos al lector–, es ineludible la mención a su sólida base iusfilosófica, *al realismo jurídico-penal que informa todo el discurso y al anclaje esencial de la construcción teórica con los derechos humanos.*

Dicho de otro modo: a diferencia de los tecnócratas del derecho penal –y los hay tantos–, formados en la soledad inexpugnable del gabinete y en la trampa del positivismo y de la lógica formal, ZAFFARONI *parte de una postura filosófica diametralmente opuesta, pues no en balde, bajo esa figura alta y desgarbada respira un humanista irreductible. Él llega al derecho penal desde la filosofía, enclava a nuestra disciplina sobre un firme cimiento antropológico y, en definitiva, aprovechando su acabado conocimiento de las cárceles y de los sistemas penales –o sea, del dolor y de la miseria, de la desigualdad y de la injusticia–, construye un arsenal teórico destinado a contener al poder penal y a proteger los derechos humanos de sus víctimas innumerables.*

Pero ese plexo ideológico, claro está, lo conoce cualquiera que se haya acercado mínimamente a su obra, aun en la más modesta y relegada Universidad latinoamericana, ya que ZAFFARONI *las ha recorrido todas, haciendo gala de su generosidad intelectual, de su inquietud docente, de su raigal honradez. Salió a polemizar y a despertar conciencias, acaso cumpliendo la idea sartreana de que el mecanismo de la discusión constituye la única forma verdadera de aprender.*

En ese periplo ininterrumpido, cruzó el Río de la Plata en el año 1982, para visitar Montevideo. El país soportaba aún la dictadura militar y la Universidad estatal, que estaba intervenida por los personeros del régimen castrense –¡faltaría más!–, no le franqueó sus claustros. Por consiguiente, ZAFFARONI *dictó dos conferencias en un "centro alternativo" de la época: la Fundación de Cultura Uni-*

versitaria, que habíamos creado los estudiantes allá por 1968, como emanación de la vieja y entrañable "Oficina de Apuntes" del Centro de Estudiantes de Derecho.

Desobedeciendo el consejo imperativo que habíamos recibido los jóvenes Asistentes de Cátedra de aquel entonces –altri tempi–, *a quienes se nos había recomendado hacerle el vacío, tuve el privilegio de ir a escucharlo. Como era de preverlo... me dejó encendido. Enfundado en un poncho, el conferencista desgranaba con sencillez su tema y, de súbito, nos abría otro horizonte. Sentadas en la primera fila del pequeño auditorio, las profesoras Adela Reta y Ofelia Grezzi, organizadoras del acto –quienes también habían sido expulsadas de la Universidad por el autoritarismo–, sonreían con cariño y, según creo, con un dejo de picardía.*

Desde entonces, el diálogo fluido con ZAFFARONI, *el impacto removedor de sus planteos –aun en el disenso– no ha dejado de impactarme. Creo que toda mi generación –en aquel entonces bordeábamos los treinta años– contrajo una deuda de gratitud que, lejos de saldarse, va* in crescendo. *Porque, en el Uruguay, el Maestro formó escuela. Nos enseñó a pensar el* otro *derecho penal, a revisar verdades que antes parecían inamovibles, a interpelar la ley y la justicia* desde el margen, *como a él le gusta decirlo, que no es sino desde el dolor de los hombres.*

Por todo ello, no es casual que en nuestra serie bibliográfica ZAFFARONI *sea el primer* Magister *latinoamericano –ya vendrán otros– en decir presente.*

A título suplementario, invoco también la cálida amistad que ha sabido entablar con los penalistas uruguayos, para quienes Raúl *–así lo llamamos todos– es un hermano, privilegiado por el don de la sencillez, de la bonhomía, de la inagotable paciencia para explicar e intercambiar ideas, siempre sentado en el medio del grupo. Como uno más, siempre poniéndose de igual a igual, recostado en la modestia y en la persistente timidez.*

Me honra, por consiguiente, poder escribir estas líneas a guisa de proemio, sobre todo porque Raúl –otro gesto de su parte– ha querido dedicar el libro a la memoria de la Prof. Ofelia Grezzi, recientemente desaparecida, quien fuera su amiga entrañable y, en mi caso, la catedrática a cuyo lado hube de formarme.

GONZALO D. FERNÁNDEZ
Montevideo, diciembre de 2004

ÍNDICE

PRESENTACIÓN POR GONZALO FERNÁNDEZ VII

La Criminología como curso 1

Las "clases peligrosas": el fracaso de un discurso policial prepositivista 39

Política y dogmática jurídico-penal 71

La crítica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica 97

El marco constitucional iushumanista del saber penal 121

¿Qué queda del finalismo en Latinoamérica? 131

El derecho penal liberal y sus enemigos 153

La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal 179

Qui peut et n´empêche pèche, pero no delinque 215

Culpabilidad y vulnerabilidad social 229

Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad 253

Girardin: abolicionismo entre el Segundo Imperio y la Tercera República Francesa 267

Comentalrio a la obra de Giuliano Vassalli sobre Radbruch 299

Comentario a la obra de Francisco Muñoz Conde sobre Mezger 319

A la querida memoria de Ofelia Grezzi

LA CRIMINOLOGÍA COMO CURSO*

I. El conocimiento criminológico como curso

1. La *Divina Commedia* es un poema singular, porque Dante Alighieri sintetizó en él todo el saber de su tiempo y con ello cerró culturalmente la Edad Media. Para hacerlo, eligió el relato de un recorrido o curso: comienza contando que se pierde en una *selva selvaggia,* el viernes santo del 1300, y a poco encuentra a Virgilio; el poeta latino lo conduce por el infierno y el purgatorio, hasta que se aleja silencioso y aparece Beatriz, que lo guía por el paraíso, donde Virgilio no podía entrar por ser pagano. Es curioso que, siete siglos más tarde, el mejor modo de mostrar el saber acerca del poder punitivo que se originó en tiempos de Dante, también se imponga en forma de recorrido o curso. No hay mejor modo de introducirse por los laberintos de la criminología. No es bueno limitarse a mostrar el polvo, que al final del camino queda pegado a las ropas: sólo sería prueba de haberlo transitado. Pero si se pretende mostrar el curso, también sería peligroso guía quien invite a recorrerlo sin advertencia alguna, con despreocupada soberbia de experto, pues demostrará no conocer las dificultades

* Este texto, con el que contribuimos al homenaje al Prof. Dr. Pedro David y a su larga y prestigiosa trayectoria criminológica, está redactado sobre la base de las notas de la primera clase del curso de Criminología en el posgrado de la Universidad Cândido Mendes (Rio de Janeiro), en abril de 1999.

del sendero; preferible es quien opte por la modestia y advierta sobre los riesgos. Porque en la *criminología,* el riesgo siempre acecha, dado que es –justamente– *saber y arte de despejar peligros discursivos.*

2. La criminología es el *curso* de los *discursos* sobre la *cuestión criminal.* Como en un sendero a través del bosque, quedan atrás paisajes, para deslumbrarse con los nuevos parajes que asoman, pero *no por ello los anteriores dejan de existir,* simplemente dejamos de mirarlos, hasta el punto de que, en demasiadas ocasiones, se vuelve al mismo punto sin reconocerlo. Aunque mucho más terreno, recuerda el curso de Dante por el infierno y el purgatorio. En la criminología siempre existe la tentación de la pantera, el león y la loba, que se le atravesaron a Dante al comienzo de su curso (que simbolizan la lujuria, el orgullo y el poder terreno – *Inferno, Canto I*), pero su guía nunca será un Virgilio: a éste lo enviaba Beatriz y por sus labios el Divino Poeta sabía que ella sería su guía por el paraíso. Pero el buen guía en los senderos de la criminología sabe que, en su curso, Beatriz y el paraíso son simples espejismos. También sabe que, al final del purgatorio, deberá alejarse, que lo hará en silencio, *a la inglesa* –como lo hizo Virgilio– y, quizá, convenga recordar al lector que cuando Dante lamentaba la desaparición del poeta latino, se le reconvino para que no la sufra, advirtiéndole que le convenía reservar su dolor para otra herida (*Purgatorio, Canto XXX*). En efecto, si para entonces recorrió atentamente el curso, *habrá perdido para siempre la buena conciencia.* Con acierto y precisión se habló alguna vez de *la mala conciencia del buen criminólogo* (PAVARINI). Eso no será culpa del guía, sino haber elegido andar por esta *selva selvaggia e aspra e forte che nel pensier rinnova la paura!*

II. EL CURSO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS MIEDOS

3. Quizá lo de la elección tampoco sea del todo verdadero, pues por lo general, quien decide recorrer el curso de la criminología no siempre lo hace voluntariamente. Pero incluso cuando lo elige sin impulso burocrático o circunstancial, lo hace porque se siente perdido en una maraña de discursos contradictorios, y es presionado por el miedo a la victimización propia y ajena, tanto por parte de un asaltante como del poder arbitrario de un Estado policial. El eje impulsivo de los discursos y del enredo entre ellos siempre es *el miedo*: unos lo manipulan, otros lo sufren, pero ambos se enredan en él, aunque no lo sepan. Por momentos, pareciera que se suspende la razón. Todo parece depender de la *sensibilidad al miedo*, a qué se teme más: si a la agresión criminal o a la arbitrariedad del poder. El viejo *miedo al caos*, al pillaje y a la muerte como resultado de la guerra de todos contra todos (invocado por HOBBES para justificar el absolutismo en el siglo XVII y por KANT para negar el derecho de resistencia al despotismo en el XVIII), contra el *miedo al Estado omnipotente*, al arbitrio del poderoso, a la muerte como resultado de la tortura policial y política.

4. Pero, por detrás de estos miedos cercanos, hay otro sobre el cual no se reflexiona mucho: es el miedo a la intemperie cultural. En el curso de la criminología, cambia el sentido de demasiadas cosas. Las instituciones sólidas y con fines bien claros, se desdibujan en el análisis cercano de la distancia entre lo que hacen y lo que dicen hacer, de sus efectos, de su genealogía. Una buena parte del mundo, que parece ordenado, deja de serlo. No se cae en otro mundo, pero se modifica bastante el que conocemos y en el que nos movemos con soltura. No es poca cosa el temor a perder un mundo cultural que, pese a no ser siempre cómodo, por lo menos

es conocido. Este quizá sea el desconcierto mayor que puede causar el curso de la criminología, y también la mayor fuente de resistencias que genera. Al tratar estos temas, no es raro que algunos opinen que hay cosas que sería mejor no saber, pero lo cierto es que una vez que las conocen no podrán ignorarlas. Si al final del recorrido, cuando el guía desaparezca, el lector sufre ese desconcierto, es porque habrá comenzado a entender qué es la criminología.

5. Pero todos estos miedos existieron siempre. Y el miedo suspende la razón, lleva a la parálisis. El sujeto aterrado no puede pensar ni moverse (está como la *tierra*), sufre un remedo de la muerte, renueva la vivencia del barro originario, está *anonadado* (vuelve a la *nada*), confunde la señal con lo señalizado, el dibujo con lo dibujado, el nombre con la cosa (SARTRE). Y quien ejerce poder lo sabe: el poder se ejerce administrando miedos, estimulándolos con la magnificación de peligros, o rebajándolos con su subestimación. Y la mayor sensibilidad a los miedos no sólo depende de las personalidades, de los cursos de vida, de las experiencias de cada quien, de sus razones conscientes e inconscientes, sino que también varían según las circunstancias sociales y, en especial, por la construcción misma de la realidad mediante la comunicación. Pero en el miedo está la clave de la permanencia de todos los discursos criminológicos creados a lo largo de la historia, porque: *a*) el miedo al dolor y a la muerte violenta siempre acompaña a lo humano; *b*) y este miedo transita a lo largo de toda la historia, polarizándose según se considere más cercana o probable su producción por la barbarie, que se imagina producto del *desorden* total o del *orden* del Estado absoluto.

III. LA DEFINICIÓN COMO TAUTOLOGÍA AUTORITARIA

6. Tratando de concretar un poco más –y quizá de ser un poco menos crípticos– lo mejor es mostrar el programa del recorrido. Es lo que usualmente se hace al introducir una disciplina: se proporciona una definición, que sirve para establecer su horizonte de proyección o límites epistemológicos (de qué se ocupa y, por ende, de qué no se ocupa), el método con que opera, etc. En homenaje a esa tradición, se puede proporcionar una definición, diciendo, por ejemplo, que la *criminología es el análisis crítico de los saberes no estrictamente jurídicos acerca de la cuestión criminal, para reducir los niveles de violencia a ella vinculados.*

7. Si, conforme a la tradición, el siguiente paso fuese seguir adelante con la exégesis de esta definición, no haríamos más que contrabandear un acto de autoridad que, con toda razón, puede ser calificado de arbitrario. En criminología, desde el comienzo debemos desconfiar de todos los actos de poder, porque *se trata de un saber tan vinculado al poder que, a veces, se identifica totalmente con él.* Nunca podemos aceptar sin crítica que alguien ponga mojones alrededor de un conjunto de entes y declare que es su *coto científico.* Puede tener razón al hacerlo, pero siempre debemos exigirle que la exhiba.

8. Pero para exhibir la razón de la definición sería necesario desarrollar todo lo que contiene, pues toda definición, si es verdadera, es *tautológica* (abarca todo lo definido). Por eso, la definición sólo se puede comprender bien al cabo del recorrido del curso, o sea, que el recorrido debe ser la verificación de la no arbitrariedad de la definición. Pero en esta demostración (o develación) es necesario proceder por sucesivos pasos aproximativos. Por lo general, estos pasos son seguidos en una disciplina conforme a una *prelación lógica*, que establece qué elementos deben ser considerados antes que otros. La

particularidad de la criminología es que la mejor aproximación a su definición es la que reemplaza la *prelación lógica* por la *prioridad cronológica,* por el *orden cronológico,* o sea, por su curso en el tiempo. Una primera aproximación conforme a ese orden, puede mostrar el curso a seguir y las razones que llevan a privilegiarlo.

IV. EL CRIMINÓLOGO *SABIO* Y EL CRIMINÓLOGO *INGENUO*

9. Dante se perdió en la *selva selvaggia,* y sería bueno comenzar por averiguar qué es la selva en que se halla perdido hoy quien acepta nuestra mano como guía en el curso de la criminología. Pensamos que quien nos otorga esa confianza es un habitante urbano, lo que antes se llamaba un *burgués* o habitante del burgo, expresión que ahora ha caído en desuso, porque desde Marx adquirió una connotación peyorativa. Como todo habitante urbano que recibe noticias y conversa con sus congéneres en el amanecer del siglo XXI, se informa acerca de cualquier delito grave y lee y escucha opiniones de los demás. Uno afirma que el agente de ese crimen es un enfermo mental; otro dice que habría que matarlo; otro que debe segregárselo para siempre; otro que debe aplicarse el talión; otro afirma que la culpa de todo la tiene la destrucción de la familia y de los valores tradicionales; otro que todo se debe a la injusticia social; si el autor no ha sido identificado, otro afirma que se debe a las excesivas garantías procesales, otro que es necesario ejercer un control más riguroso y a veces aplicar alguna forma de violencia y hasta tortura. El habitante urbano, desconcertado, interroga al *criminólogo sabio* y éste hace suya cualquiera de estas opiniones y la desarrolla hasta sus última consecuencias. Si el habitante urbano es poco curioso, quedará satisfecho ante el despliegue de ingenio, que permite exhibirle desa-

rrollos razonados de consecuencias que nunca había imaginado; también quedará asombrado por el enorme material bibliográfico que el sabio le expondrá y citará. Pero si tiene la osadía de interrogar a otro *criminólogo sabio*, verá que el segundo hace suya una opinión diferente del anterior, y también la desarrolla hasta sus últimas consecuencias. Y puede procurar un tercero y un cuarto, y no hará otra cosa que aumentar su desconcierto.

10. Así seguirá el habitante urbano hasta que dé con el *criminólogo ingenuo*, que quizá le diga que hay muchas preguntas que no tienen respuesta cierta, pero que le puede asegurar que lo del enfermo mental es *alienismo* de la segunda mitad del siglo XIX, que la muerte del infractor es *expiacionismo* prerrevolucionario del XVIII o *neutralización garofaliana* de comienzos del XX, que la segregación perpetua es la *relegación* europea colonial de los siglos XVIII y XIX, que el talión es *contractualismo* del siglo XVIII, que la desorganización social es de la *sociología norteamericana* de comienzos del siglo XX, que las excesivas garantías es cosa del *peligrosismo positivista* de finales del XIX y que la tortura es recurso de los siglos XII y siguientes.

V. LA CRIMINOLOGÍA ACUMULA DISCURSOS DURANTE CINCO SIGLOS

11. El *criminólogo ingenuo* no le habrá explicado mucho, pero por poco sagaz que sea el habitante urbano, no podrá dejar de comparar esa situación con cualquier otra de la vida cotidiana y percibirá la diferencia: sería demencial si, comentando la necesidad de un viaje, sus congéneres se trabasen en una apasionada discusión en que cada uno defendiese como mejor medio desde la canoa primitiva, hasta el avión a reacción, o si tratándose de enviar un mensaje, lo hiciesen proponiendo desde tambores, señales de humo y chasquis, hasta correo

electrónico. Mucho más grave sería que los médicos discutiesen en sus seminarios actuales, unos defendiendo la teoría de los humores de Galeno, y otros las conclusiones de la genética, investigada con poderosos computadores. El *criminólogo ingenuo* le mostrará al preocupado habitante urbano que la criminología no es un museo paleontológico, sino un verdadero zoológico en que todas las especies se conservan vivas. Es muy extraño hallar tan formidable *coetaneidad de lo no coetáneo* (MANNHEIM) y, por ende, se hace necesaria una explicación de esta particularidad. También parece razonable que, dado que conviven discursos de tantos siglos, comience a buscarse la explicación, siguiendo el orden cronológico de los discursos y tratando de esclarecer las razones de esa sucesión. En la indagación de ese recorrido se irá develando la razón de su supervivencia y vigencia.

VI. LOS DISCURSOS COMO LUCHA DE CORPORACIONES

12. Ya sabemos que los árboles de la selva son los discursos múltiples, contradictorios, cruzados y no coetáneos de la criminología (o de *las criminologías* de los *criminólogos sabios*). También tenemos delineada la naturaleza del sendero que nos permite movernos a través de ellos. Estamos en condiciones de llevar adelante un segundo paso aproximativo más cercano, comenzando por preguntarnos de dónde surgen esos discursos (¿cómo nacen? ¿de gajos o de semillas?) y, a partir de allí, cómo surgieron en cada época y si remiten a un discurso originario.

13. Si el habitante urbano fuese averiguando de dónde proviene cada uno de los discursos contradictorios, es decir, si fuese más allá de su repetición un tanto inorgánica por parte de personas comunes, verá que uno fue elaborado en cierto momento por médicos, otros por

juristas, otros por policías, otros por políticos, otros por sociólogos y otros por académicos. No tardará en darse cuenta de que los médicos, juristas, policías, políticos, sociólogos y académicos, son personas especialmente entrenadas, que forman agrupaciones separadas, jerarquizadas y verticalizadas, que ejercen cierto poder y que, por lo general, se comportan conforme a intereses que corresponden a ese poder: son las *corporaciones profesionales*. Los discursos contradictorios provienen, pues, de corporaciones profesionales que compiten entre ellas, pero que también tienen luchas por el poder en su propio seno y todas esas pugnas se traducen en discursos competitivos y contrapuestos. *Todos los discursos contradictorios fueron producidos por miembros de corporaciones poderosas en algún momento, para oponerlos a otras corporaciones o para discutirle la hegemonía a la cúpula de la propia corporación.* Todas las corporaciones tienen sus criminólogos *sabios*, que producen sus discursos, y que no se limitan a ejercer poder para afuera, sino que también se reproducen, criando sus propios pichones, es decir, entrenando y domesticando a sus nuevos miembros.

14. Con esto nos habremos acercado un poco a la naturaleza de los árboles de la selva, pero resta preguntarnos *por qué* y *cómo* se originó la selva misma. Al *por qué,* el criminólogo *sabio* responderá que fue porque el ser humano es curioso por naturaleza, y su curiosidad depurada es la *ciencia,* que avanza impulsada por el afán de conocimiento. No pareciera ser la respuesta adecuada, dado que en criminología, más que avance, hay una acumulación: no desaparece ningún discurso, sino que se repiten y, algunas veces, se agrega uno nuevo o se combinan dos o más de los existentes. Parece un bosque cuyos árboles son inmortales, limitándose a cambiar de follaje. El criminólogo *ingenuo* dará una respuesta diferente: simplemente sonreirá y afirmará *que*

hasta hoy, el ser humano ha buscado siempre poder. No atribuirá eso a ninguna *naturaleza,* cuestión que remitirá a los filósofos, conformándose con constatar que, por lo menos en los siglos que registra la historia, ha sido así. La respuesta a la segunda pregunta –*cómo* se originó la selva– es complicada, pero menos problemática que la anterior. No se trata de perderse en las razones que impulsan la búsqueda de poder, sino en explicar cómo se desarrolló el ejercicio del poder mismo por parte de agencias o corporaciones, que se arrojan discursos en pugnas hegemónicas entre ellas y dentro de ellas.

15. La función del guía es buscar pistas, salvar al habitante perdido de quedar atrapado en la selva discursiva. Para ello, debe privilegiar algunos troncos fuertes y originales, que permitan ser usados como orientación. No es necesario que se apegue totalmente a uno de ellos, sino que reconozca por lo menos su corteza y le valga como referencia. En este sentido hay dos elementos, aportados por Michel FOUCAULT en los años setenta, que resultan indispensables, que son la forma en que este autor interpretó *a*) la aparición del poder punitivo en los siglos XII y XIII europeos, y *b*) la transformación del Estado y del poder punitivo en el siglo XVIII.

VII. LA EDAD MEDIA NO HA TERMINADO

16. En cuanto al surgimiento del poder punitivo, es necesario señalar que la afirmación de que éste existió siempre es falsa. La humanidad caminó sobre el planeta durante miles de años, sin conocer el poder punitivo. Éste apareció en diferentes momentos históricos y luego desapareció. Su instalación en forma irreversible hasta hoy, data de los siglos XII y XIII europeos. Hasta entonces no dominaba el poder punitivo en la forma en que hoy lo conocemos. Cuando un germano lesionaba a

otro, el agresor se recluía en el templo (asilo eclesiástico) para evitar la venganza, y allí permanecía, mientras los jefes de sus respectivos clanes arreglaban la reparación que el clan del lesionante debía al del lesionado (*Wertgeld*), bajo amenaza de que, de no resolverse, se declaraban la guerra (*Blutrache* o *venganza de la sangre*). Otro de los métodos de solución del conflicto era resolver la cuestión por un juicio, que se dirimía con la intervención de Dios en persona, es decir, con *pruebas* de Dios u ordalías. El juez, en realidad, era una suerte de árbitro deportivo, que sólo cuidaba la transparencia e igualdad entre los contendientes, para permitir que Dios expresase la verdad. La más común de las ordalías era la contienda, lucha o combate judicial, el duelo entre las partes o sus representantes: el vencedor era el poseedor de la verdad.

VIII. LA CONFISCACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

17. Todo esto cambió cuando un buen día los señores comenzaron a *confiscar a las víctimas*. Los jefes de los clanes dejaron de arreglar las reparaciones, y dejaron los jueces su función de árbitros deportivos, porque una de las partes (la víctima) fue sustituida por el señor (Estado o poder político). El señor comenzó a seleccionar conflictos y, frente a ellos, apartó a las víctimas, afirmando *la víctima soy yo*. Así fue como el *poder político* pasó a ser también *poder punitivo* y a decidir los conflictos, sin contar para nada con la víctima, que hasta hoy desapareció del escenario penal. Es verdad que ahora se escuchan algunos discursos y se realizan tímidos intentos para tomarla en cuenta para algo, pero no es más que un paliativo a esta confiscación, o sea, una forma de atenuar sus excesos y, en modo alguno, una restitución del derecho confiscado. El día que el poder

punitivo restituya en serio a la víctima, pasará a ser cualquier otro modelo de solución de conflictos, pero dejará de ser poder punitivo, porque perderá su carácter estructural, que es su confiscación de la víctima.

IX. El secuestro de Dios

18. A partir de esta confiscación: *a*) El proceso penal (o juicio) dejó de ser un procedimiento para resolver un conflicto entre las partes y se convirtió en el acto de poder de un delegado del señor o soberano. Desde que una de las partes –la víctima– salió del proceso, la sentencia no atiende a su interés, sino al interés del poder. *b*) El juez penal dejó de ser un árbitro, que garantizaba la objetividad y el equilibrio entre las partes, y pasó a ser un funcionario que decide, conforme al interés del soberano. *c*) Como no se trataba de un juicio entre partes, ya no debía establecerse de qué lado estaba Dios, porque se descontaba que siempre estaba del lado del poder, de modo que no tenía sentido convocarlo al juicio, pues se presuponía que siempre estaba en él, representado por el juez. Es bastante claro que, no sólo se había confiscado a la víctima, sino también a Dios.

19. Esto último, o sea, la seguridad de que *Dios siempre asistía al juez*, determinó que desapareciese la prueba de Dios, que el método de establecimiento de la verdad de los hechos no fuese más el duelo, la lucha, sino que se pasase al *interrogatorio violento*: la verdad la proporcionaba el procesado o acusado, respondiendo al *interrogatorio violento* (a la *inquisición* o *inquisitio*) del juez. El interrogatorio era *violento*, porque si el procesado no quería confesar, se lo *torturaba* hasta hacerlo hablar, y si no se lograba que confesase, también con ello estaba confesando (se consideraba que era su propia maldad que le otorgaba el poder de resistencia).

X. EL INTERROGATORIO VIOLENTO COMO MÉTODO CIENTÍFICO

20. El método de obtención de la verdad del poder punitivo no se limitó al proceso penal, sino que fue convirtiéndose en el método para obtener cualquier verdad que no fuese religiosa, es decir, que paulatinamente *pasó del proceso penal al método científico.* Hasta ese momento, también la verdad científica se obtenía por lucha: en la alquimia, había una lucha con la naturaleza; en la astrología, el sujeto pretendía arrancarle a los astros su secreto cósmico regulador de todo; en la propia filosofía, se avanzaba mediante las *questiones,* que era una lucha de interrogantes cruzados entre oponentes. Cuando de la alquimia y la astrología se pasó a la química y a la astronomía, se pasó también a acumular saber mediante interrogación violenta: se interroga desde entonces a los objetos que se quiere conocer, y cuando el objeto no responde o no responde lo que interesa saber sobre él, si es posible, se lo violenta mediante el *experimento.*

21. Desde ese momento, el saber dejó de avanzar mediante lucha con la naturaleza y las cosas, para comenzar a hacerlo mediante el interrogatorio a las cosas o entes, con un preguntar que también es violento y llega a la tortura (*el experimento*: desde la apertura de cadáveres hasta la vivisección, pasando por los médicos nazis y la exposición de miles de personas a radiación).

22. Ese saber mediante interrogatorio violento, es *saber para poder.* Aunque esta fórmula recién se hace expresa en 1620 por obra de Francis BACON (en el *Novum Organum*), la idea de que *es necesario saber sobre las cosas para poder dominarlas* (sólo es posible dominar la naturaleza sometiéndose a sus leyes) es de la esencia del saber por interrogación o inquisitorial. Por ende, el *saber para poder* se acumula preguntando a los entes, según el poder que se quiere ejercer sobre ellos. El *suje-*

to del conocimiento (el científico) se coloca en posición de *inquisidor*, está siempre en un plano superior al *objeto* o ente interrogado, tiene a Dios de su lado, es un enviado de Dios para saber, es el Señor (*dominus)* que pregunta *para poder.*

XI. EL SABER DE LOS SEÑORES

23. No se interroga científicamente por mera curiosidad, sino para obtener algún resultado, que permite ejercer un poder sobre el objeto interrogado: si se estudia a la vaca, se lo hace para saber cómo se puede lograr que proporcione más leche; si se interroga al suelo, es para saber cómo obtener mejores cosechas; si se interroga al cielo, es para prever las lluvias. No se pregunta cualquier cosa, sino lo que interesa para el objetivo de poder que motiva al investigador. Al sujeto que interroga –o al que le financia la investigación– sólo le interesan las respuestas que sirven a sus fines y se desentiende del resto, porque no le importa y tampoco está preparado para oírlo, puesto que sólo quiere y puede oír lo que le interesa, recibir la información funcional al poder que está buscando. Es un saber señorial, sólo que los señores ya no obtienen su poder guerreando entre ellos con armas primitivas, sino acumulando saber que les sirve para dominar a la naturaleza y a los otros humanos que, por disponer de menos poder, son inferiores.

24. Por ello, el saber mediante la interrogación y la tortura o violencia (indagación y experimento), como saber de *señor* (*señorial,* de *dominus,* viril, patriarcal), tiene un efecto paradójico, que es el de *aplastar al propio señor.* No es fácil entender esto, porque desde hace cientos de años estamos acostumbrados a este saber señorial, pese a lo cual seguimos preguntando por sus efec-

tos negativos, sin poder entender a qué obedecen. Se ha visto que este saber tiene efectos no deseados: lo que se sabe, porque su conocimiento se adquirió preguntando para curar o para construir, termina siendo usado para matar o para destruir; el conocimiento que se adquirió preguntando para mejorar, se emplea y termina perjudicando otras cosas.

XII. El saber sujeta a los señores

25. No obstante, la razón de este efecto del conocimiento señorial no es ningún secreto: el *sujeto* interroga al *objeto* para dominarlo, le formula las preguntas que sirven o cree que sirven para ese fin, pero el ente interrogado no lo sabe y responde en la única forma en que puede hacerlo, esto es, con toda su *entidad* (los entes sólo pueden responder con su entidad: la vaca con su completa *vaquidad*, la piedra con su completa *piedridad*). Pero el sujeto no está preparado para escuchar la respuesta, dada con toda la entidad del ente violentamente interrogado, porque sólo está preparado para escuchar lo que necesita o cree necesario para dominar; es así como la parte no escuchada de todas las respuestas se acumula sobre los sujetos y los aplasta. No otro es el fenómeno que se sintetiza afirmando que *la tecnología domina al hombre*. La *etimología* lo explica muy bien: *objeto* es lo que se lanza (*yecta*) en contra, es el ente violentamente interrogado que se lanza contra el interrogador con toda su entidad; el interrogador es *sujeto* (lanzado o *yectado* hacia abajo), queda *sujeto* por el cúmulo de respuestas entitativas, que no está capacitado para escuchar. Es la consecuencia del saber de *dominus*, de señor, patriarcal.

XIII. ¿ES POSIBLE SUPERAR EL SABER POR INQUISICIÓN VIOLENTA?

26. Puede pensarse en la superación del saber de *dominus* por un saber de *frater*, no sólo con los humanos, sino con todos los demás entes, como una tercera etapa o forma de saber: de la verdad por *lucha* se pasó a la obtenida por *interrogación*, y es posible que de ésta se pase a otra surgida del *diálogo*. Se puede concebir una dinámica que, así como del *duelo* se pasó a la *inquisitio*, de ésta se pase al *dialogus*, o sea, del saber de contendiente al de inquisidor y de éste al de *frater*. Pero esta dinámica exige un cambio total del actual paradigma del conocimiento, que lleva a la jerarquización biológica de la sociedad y a la confiscación de la víctima, como medio de verticalización corporativa de ésta. Imaginar un sociedad con saber de *frater* y no de *dominus*, importa al mismo tiempo imaginarla con muy poco o ningún poder punitivo, sin discriminaciones y sin guerras. El *criminólogo sabio* dirá que eso es una utopía irrealizable; el *criminólogo ingenuo* recordará aquello de que todas las realizaciones comienzan como utopías. Pero *ingenuo* significa preguntar desde el principio, sin dar nada por supuesto y, en ese sentido, ingenuidad es lo contrario de necedad. Por ello, no dejará de advertir que esa propuesta implica la remoción de estructuras de poder asentadas por muchos siglos y que, además, no sólo son exteriores, sino que las llevamos introyectadas, como parte del equipo psicológico que nos han condicionado, al producirnos como sujetos que conocemos, por lo que pensamos dentro de los cauces que nos han impuesto y de los que no es nada sencillo librarse.

27. No es posible pasar por alto que estas tres vigas maestras se articulan perfectamente desde hace ocho siglos, porque son tres elementos indispensables de una misma estructura. El poder patriarcal controla a más de la mitad de la población: a las mujeres, a los niños y a

los ancianos, y en otras épocas también a los esclavos, sirvientes y criados. El poder punitivo, por ello, se encarga preferentemente de controlar a los hombres jóvenes y adultos, o sea, de *controlar a los controladores*. El saber instrumental es poder al servicio del dominio de los controladores y de los controladores de los controladores. La articulación básica se mantiene, pese a que las relaciones de poder y dominio se complicaron de mil maneras en el curso de los siglos, en luchas de clases, de corporaciones, de grupos, en la autonomización de la elites del poder, en el colonialismo, el neocolonialismo, en las hegemonías étnicas y culturales, etc., pero en todas estas complejidades, siempre siguió funcionando el esquema básico, que se inserta de diferentes maneras en otras relaciones, que excluyen del poder y marginan socialmente a disidentes, inmigrantes, minorías sexuales, étnicas y culturales, personas con necesidades especiales, enfermos físicos y mentales, habitantes urbanos precarios, desempleados, psiquiatrizados, tóxicodependientes, obesos, etcétera.

XIV. LA DISCRIMINACIÓN COMO PRODUCTO ESTRUCTURAL

28. Como el *sujeto* del conocimiento (el científico) asume la posición del *inquisidor*, al igual que éste, se coloca a sí mismo en un nivel superior al *objeto* o ente, y desde esta perspectiva jerárquica interroga violentamente, presuponiendo que tiene a Dios de su lado, que es un enviado de Dios para saber, que es el señor (*dominus)* que pregunta *para poder*. Puede cambiar de Dios y reemplazarlo por uno impersonal (*progreso*) o por su propia idealización (*humanidad, clase, nación, raza*), pero siempre tiene un Dios legitimante de su violencia interrogadora, que le garantiza su justificación y su superioridad jerárquica. Siendo así, es natural que cuando el

objeto es otro humano, el saber señorial presuponga, por su propia estructura metódica, una jerarquía: el humano *objeto* será siempre un ser inferior al humano *sujeto*. No hay diálogo, sino interrogatorio violento. La discriminación jerarquizante entre los humanos es un presupuesto y un resultado lógico de esta forma de saber de *dominus*. La *discriminación* entre humanos es, pues, *un producto estructural del modo de saber por interrogación violenta*, del mismo modo que lo es la depredación de la naturaleza y el exterminio de los *inferiores* y *diferentes*.

XV. La primera privatización de la seguridad

29. La primera tarea que el poder punitivo y el saber *inquisitoriales* se propusieron arrojó como resultado la corporativización de la sociedad, o sea, el neto predominio del modelo jerarquizado de la *Gesellschaft* (corporativo) sobre el horizontal de la *Gemeinschaft* (comunitario o tradicional). Dentro de esta empresa, era necesario reafirmar y fortalecer la *estructura jerárquica patriarcal*, es decir, reforzar la subordinación de la mitad de la población, como capítulo indispensable de su disciplinamiento social corporativo y verticalizante. La *primera privatización de la seguridad* (de los servicios policiales y de justicia punitiva) y la más masiva, tuvo lugar con el surgimiento mismo del poder punitivo moderno, cuando el señor (Estado) delegó en sus hombres adultos libres (*superiores*) el control de las mujeres. La Inquisición europea dirigió su poder contra las *mujeres peligrosas* o *desviadas*, reafirmando el poder de los hombres, al librarlos de cualquier mujer que pudiera revelarse contra éste, es decir, de las que no se resignaban a ser sólo esposas y madres sumisas.

30. Era necesario disciplinar a la sociedad, *eliminando de la cultura los elementos paganos anárquicos o dis-*

funcionales, y reemplazarlos por los componentes pautadores de la jerarquía corporativa política y, muy especialmente, disciplinar sexualmente a la sociedad y, en particular, a las mujeres que –como es sabido– son las transmisoras de cultura: su control y subordinación eran piezas claves para la eliminación de los elementos paganos disfuncionales de arrastre. *La Inquisición no subordinó a la mujer, que ya lo estaba, sino que sólo reafirmó su posición subalterna y cortó de cuajo cualquier tentativa de reacción.* Puede decirse que a este respecto fue el discurso criminológico el que cubrió la empresa de control punitivo más exitosa de la historia, a juzgar por el silencio posterior sobre el tema. Los discursos no sólo son significativos por lo que dicen, sino también por lo que callan, es decir, no sólo significan por lo que muestran, sino también por lo que ocultan, y sus autores no sólo expresan las limitaciones de su conocimiento al describir lo que ven o creen ver, sino también por lo que no ven. La empresa de privatización de la seguridad de las mujeres tuvo singular éxito, porque el discurso criminológico pasó casi quinientos años sin volver a mencionar el tema de las mujeres: *durante los cinco siglos posteriores, la criminología sólo se ocupó de los hombres.*

XVI. INQUISICIÓN: EL ESTADO ADMINISTRADOR DE LA MUERTE

31. En este contexto aparece el primer discurso criminológico moderno, orgánico, elaborado cuidadosamente, explicando las causas del mal, sus formas de aparición, sus síntomas, la forma de combatirlo. Fue el discurso de la primera gran agencia de control social punitivo: la Inquisición. En el siglo XV recapitula toda su anterior experiencia y se lanza contra la mujer, en un magnífico manual de extraordinaria coherencia y finísima elaboración teórica (el *Malleus Maleficarum* o *Marti-*

llo de las brujas, 1484). Era el primer e inevitable producto teórico del poder punitivo: primero se ejerció y luego se explicó y legitimó discursivamente, en forma cada vez más refinada, hasta alcanzar el grado de coherencia expositiva que presenta esta primera obra de la criminología moderna, que sin duda constituye su momento teórico fundacional.

32. El primer discurso criminológico fue el discurso de los inquisidores. Los autores del *Malleus* fueron dos inquisidores. Pero ¿qué eran los inquisidores? Se ha dicho que eran jueces y es verdad; pero también eran policías y es verdad; puede decirse que también fueron médicos sanitaristas o meteorólogos y agrónomos, y sería verdad. Podría decirse que eran juristas y legisladores, y también sería cierto. No menos cierto sería afirmar que jugaban a teólogos y filósofos. En rigor, los inquisidores eran los operadores de una gran agencia punitiva, que *decidía la vida o la muerte de las personas*, y que acumulaba las funciones que luego se repartirían entre muchas agencias. Prácticamente era la *agencia madre o el tronco común, del que se irían separando posteriormente todas las demás agencias especializadas, que ejercen el poder de control social.*

33. Cuando quinientos años más tarde, promediando el siglo XX, Talcott PARSONS –el sociólogo del funcionalismo sistémico norteamericano– consideraba que el *control social* era sólo la función que ejercían las agencias que operaban cuando el proceso de socialización había fracasado y surgían las conductas desviadas, aunque no lo pensó, describía muy bien la función de la Inquisición: cuando fracasaba el patriarcado en su tarea de domesticar a la mujer como sólo hembra y madre sumisa, y ésta manifestaba conducta desviada, porque buscaba aliados sobrehumanos malignos para ejercer otra clase de poder, entonces entraba en juego el control social punitivo de la Inquisición. La única diferencia consiste en que

PARSONS teorizaba de ese modo la función de un conjunto de agencias, en tanto que los autores del *Malleus* teorizaban sólo el de su propia y única agencia madre.

34. Las funciones que sintetizaba la Inquisición fueron dividiéndose. La Inquisición y su método no fueron patrimonio exclusivo de las autoridades o poder eclesiástico. El proceso inquisitorial y la tortura fueron formas de poder punitivo ejercidas por todo poder político, que se atribuyó el derecho de vida o muerte sobre las personas. Pero *derecho de vida o muerte* –por obvios límites naturales– sólo significaba la posibilidad de *matar o dejar vivir*, es decir, de *hacer morir o dejar vivir* a alguien o a cualquiera. Por ello es que –hasta donde era posible– se penaba el suicidio, porque *hacer morir* era un privilegio divino o real: el suicida era un usurpador del poder de Dios o del señor.

XVII. LAS BUROCRACIAS: EL ESTADO QUE ADMINISTRA LA VIDA

35. Esta idea del *Estado* como *administrador de la muerte* fue cambiando paulatinamente por la del Estado como *administrador de la vida*. FOUCAULT sitúa este cambio en el siglo XVIII; quizá pueda señalarse algo antes, pero lo cierto es que, en algún momento, de la potestad de *hacer morir o dejar vivir* se pasó a la de *hacer vivir o dejar morir*. El Estado pasó a ocuparse preferentemente de la vida de sus súbditos, no de cada vida en particular, no de las vidas individuales, sino de la vida de un nuevo sujeto colectivo, que está constituido por los súbditos como sujeto *público*. El Estado se encarga de administrar los distintos aspectos de la vida de ese sujeto colectivo en toda su complejidad, planificando conforme a reglas de *grandes números* y produciendo *efectos masivos* sobre su salubridad, instrucción, disciplina social, crianza, trabajo.

36. A medida que se fue operando el *paso de la administración de la muerte de individuos a la de la vida del público*, fue necesario distribuir las funciones que asumía la Inquisición en el siglo XV, en agencias especializadas. La Inquisición podía asumirlas todas, porque *es mucho más sencillo administrar la muerte que la vida*: la tarea de matar o dejar vivir puede hacerla una única agencia, que retenga todo el poder o gran parte de éste, pero cuando se trata de organizar la vida del *público,* la cuestión se complica en extremo y, cuanto más quiere regular el señor la vida de sus súbditos, mayor especialización requiere en sus colaboradores para atender todos los aspectos que pretende abarcar.

XVIII. LAS CORPORACIONES SE REPARTEN LA VIDA

37. El señor (Estado) se vio en la necesidad de crear burocracias, es decir, instituciones especializadas en las diferentes áreas de la vida que pretende regular o administrar. Pero estas burocracias se autonomizan y pasan a ejercer su propio poder, compiten entre ellas por presupuesto, prestigio, poder político, obtención de recursos privados, apoyos parlamentarios, etc. Comienza una lucha entre corporaciones para hegemonizar el poder del Estado o, al menos, obtener los mejores privilegios posibles, tanto para la burocracia como para los que disponen del entrenamiento especializado del que ésta se nutre. Normalmente, las personas con ese entrenamiento especializado se agrupan corporativamente, o sea, en forma institucionalizada y jerárquica, dando lugar a una pluralidad de corporaciones profesionales que disputan poder entre ellas y que también alojan en su seno grandes disputas de poder.

38. Como es natural, el poder corporativo autonomizado se ejerce, valido de un saber especializado que se

traduce en *discursos científicos*. Cada corporación desarrolla un saber especializado que expresa en discursos, conforme a un propio y peculiar dialecto específico. Estos discursos científicos producidos en sus respectivos dialectos no sólo difieren entre las corporaciones, sino que una misma corporación suele albergar una pluralidad de discursos, que reflejan la lucha hegemónica interna. Basta aproximarse a cualquier disciplina para descubrir la *lucha de escuelas* en su seno, en gran parte incomprensible para los *extraneus*. Según las circunstancias, estas corporaciones se disputan ámbitos de la realidad, cuya inclusión en sus discursos importa la ampliación de su poder: por ello, amojonan mayor territorio de la realidad, y la inclusión de un área dentro de los límites epistemológicos de sus discursos importa la apropiación corporativa de éste territorio, o sea, de la administración de un área de la realidad y, por ende, de un trozo más de poder.

XIX. LAS CORPORACIONES ENSEÑAN A NO VER

39. La realidad es un todo continuo: en la realidad no hay fisuras ni soluciones de continuidad. Tampoco hay nada inmóvil, sino que –desde Heráclito hasta la física cuántica– sabemos que todo fluye y está en continuo cambio. Pero el discurso de las corporaciones no tiene otro recurso que fragmentar esa realidad en forma más o menos arbitraria y, a la vez, inmovilizar el trozo de realidad del que se apropia. Siempre su comprensión está distorsionada por la fragmentación y la inmovilidad. Sus operadores aprenden y se entrenan, y entrenan a sus propios aprendices para que adquieran particular habilidad en la observación de algunos entes o de algunos aspectos de éstos, pero al mismo tiempo se están entrenando y están entrenando a sus aprendi-

ces, para no ver otros entes u otros aspectos de los mismos entes.

40. Así como a lo largo de la evolución, ciertos animales desarrollaron órganos que les permiten percibir la presencia de alimento o de peligros y les facilitan tomar los primeros y huir de los segundos, pero ese mismo desarrollo les impide ver otros cuando están fuera de su hábitat o medio natural, o cuando éste se altera, los entrenados en corporaciones adquieren habilidades perceptivas y habilidad para ciertos estímulos y, a la vez, torpeza frente a otros. Su entrenamiento para la habilidad siempre es también un entrenamiento para la torpeza. La diferencia estriba en que esa torpeza no está condicionada filogenéticamente y, por ende, suele ser aprovechada para la lucha hegemónica interna de la propia corporación: alguno de sus miembros echa un vistazo a otras corporaciones, ensaya el proyecto de apoderarse de otro campo, cambia los mojones y manifiesta una nueva habilidad frente a los viejos dominadores de la corporación. En la medida en que esa habilidad se considere necesaria para la corporación, desplazará a los antes hegemónicos con su renovado arsenal de capacidades y torpezas. Son las *revoluciones científicas, cambios de paradigma o estallidos epistemológicos,* que impulsan el llamado *progreso de la ciencia.*

XX. EL VÍNCULO CORPORATIVO CON EL PODER SOCIAL AMPLIO

41. Estos poderes burocráticos autonomizados y organizados en forma de corporaciones, con sus propios saberes expresados en discursos mediante peculiares dialectos, poco comprensibles al vulgo, tienen mayor o menor suerte en la lucha hegemónica. Esto depende de varios factores y también –como sucede siempre en las luchas de poder, particularmente en los cortos plazos–

de imponderables. Los imponderables, por definición, no pueden catalogarse. De cualquier manera, cuando se trata de poder que cobra cierto sentido en períodos más prolongados, los imponderables tienden a perder importancia y predominan factores que son susceptibles de cierta catalogación, puesto que hacen a la mecánica de los procesos de acumulación de poder. Básicamente, el poder de una corporación aumenta, en la medida en que su discurso es funcional al poder político y económico. Esto depende de *a*) factores que provienen de la propia corporación, tanto como de *b*) otros que provienen del poder político y económico.

42. A los que provienen de la propia corporación corresponde *a*) la *disponibilidad de un discurso que sea funcional*, pero, a falta de éste, cuenta el grado de ductilidad de la corporación para elaborar un discurso funcional. En este último caso, esa ductilidad es facilitada por la previa existencia de elementos incorporados al entrenamiento de sus miembros y por la mayor convicción en esos elementos por parte de éstos, es decir, de que sus miembros puedan modificar sus discursos u ofrecer uno nuevo con conocimientos disponibles y en los que crean. En caso de que la convicción en esos elementos sea baja, puede ser compensada por la falta de escrúpulos para incorporar otros en razón de su funcionalidad coyuntural, pero, por lo general, esto es difícil, debido a que reclama una actitud conspirativa y una renuncia ética muy complicada, aunque no imposible. *b*) Que el discurso de la corporación sea funcional, no significa sólo que *coincida con los intereses del poder social más amplio*, sino que también *sea creíble en el marco cultural*: no cualquier discurso esotérico alcanza hegemonía, sino sólo los que son susceptibles de ser transmitidos a la *opinión* de los que deciden o pesan en el poder y aceptados por éstos, en forma que produzca cierto consenso entre ellos. En todos los tiempos ha habido

ensayos de discursos criminológicos disparatados, que quedaron totalmente ignorados por el poder, justamente porque su desenfoque institucional los hacía inútiles y hasta desprestigiantes. También los discursos pierden hegemonía cuando, por quedar fuera del marco cultural cambiante, dejan de ser creíbles. La misma dinámica del poder que se refleja en el saber hace perder credibilidad a los fundamentos de los discursos hegemónicos y los deja convertidos en caricaturas. El discurso teocrático no podía mantener hegemonía en un mundo cultural en que cada vez se apelaba más a la razón y se tornaba claro que no era más que una caricatura de discurso teológico. El posterior discurso que pretendía deducir todo de la razón, no podía mantener hegemonía cuando se hacía muy evidente que había caído en una caricatura de racionalidad, por vía de racionalización derivada de una intuición gratuita. El discurso médico no podía conservar vigencia, cuando era claro que la verificación no existía y que era una caricatura de ciencia, resultante de una afirmación intuitiva y no verificable sobre la naturaleza de la sociedad. *c*) No menos importante es la capacidad negociadora de la corporación, determinante para la reducción de los conflictos con el poder político y económico y para el establecimiento de un *statu quo* más o menos estable: generalmente hay una promoción o asignación de poder y funciones a los miembros de la corporación, u otras compensaciones que suelen establecerse y negociarse.

43. En cuanto a los factores que contribuyen al aumento de poder de una corporación y que no provienen de ella misma, sino del poder político y económico hegemónico, corresponde tener en cuenta el grado de racionalidad de este último en el ejercicio de sus potestades. Cuanta mayor sea esta cuota, le será funcional un discurso de poder con mayor nivel de elaboración, que le proporcionará una mayor solidez legitimante. En caso

contrario, deberá echar mano de discursos bastante rastreros en cuanto a su formulación, que sólo pueden ser proporcionados por marginales de las corporaciones profesionales que, además, usarán ese poder para revertirlo en su lucha intestina dentro de la corporación. En general, en estos casos, la lucha de poder se descarna y deja caer su endeble cobertura legitimante. Esto no significa que sean incapaces de eficacia controladora por algún tiempo, pero de preferencia asentada sobre poder, ejercido de modo demasiado grosero para el contexto socio-cultural.

XXI. HEGEMONÍA CORPORATIVA Y MERCENARISMO

44. Lo anterior explica que haya dos fenómenos que deben ser cuidadosamente distinguidos: *a*) uno es la *hegemonía de un discurso y de una corporación con sus respectivas agencias burocráticas, en cierto momento histórico*, que tiene lugar cuando, sin mayor esfuerzo artificioso, la agencia dispone de un discurso dominante que coincide con los intereses del poder social más amplio y que encuadra dentro del marco cultural del momento, por lo que resulta funcional a la coyuntura de poder con cierto grado de racionalidad, que es lo que asume particular interés en el curso de la criminología y de las ciencias sociales en general; *b*) otro es un fenómeno de *marginalidad o mercenarismo intelectual*, que tiene lugar cuando frente a un poder demasiado irracional, algún marginal de la corporación sostiene un discurso de inferior calidad, que es circunstancialmente funcional, o cuando algunos subalternos de la corporación elaboran discursos de muy poca calidad, para ponerlos al servicio del poder político o económico.

45. Los segundos, por supuesto que tampoco faltan en el curso de la criminología, pero son anecdóticos y,

en realidad, debieran ser considerados menos como discursos –dado que resisten poco análisis– y más como parte de la conflictividad que los propios discursos criminológicos procuran explicar. Tendremos ocasión de mencionar varios de ellos. En su circunstancia suelen ser peligrosos, pero vistos a la distancia, son curiosos y algo ridículos, si no fuese por sus eventuales efectos trágicos. Si el guía se detiene en algunos de ellos en el recorrido del curso de la criminología, no sólo es para entretener al caminante con curiosidades ni para gozamiento del disparate, sino porque es necesario aprender a distinguirlos, en la criminología como en cualquier otra disciplina. En último análisis, un psiquiatra tradicional puede discutir al infinito con un psicoanalista, un sociólogo funcionalista puede hacer lo mismo con un conflictivista, o un positivista jurídico puede hacerlo con un *iusnaturalista*, y los especialistas saben –y el público también– que si el debate es *BLEULER-FREUD*, *LUHMANN-DAHRENDORF* o *BOBBIO-WELZEL*, siempre valdrá la pena seguirlo. Pero también saben que esto no puede confundirse con actos irresponsables de delincuentes intelectuales y, por ende, es indispensable aprender a detectar a estos últimos y distinguirlos cuidadosamente de los primeros. La relación íntima entre saber y poder –innegable– no significa que todo el que hace un discurso científico sea un mercenario o un delincuente intelectual, por equivocado que pueda estar y por funcional al poder que sea su discurso, y muy a pesar de que estos últimos también existan y sea necesario saber señalarlos y distinguirlos.

XXII. LA DISPUTA CORPORATIVA POR LA PROPIEDAD DEL CRIMEN

46. Cuando a partir del siglo XVIII se hizo cada vez más manifiesta la aparición de las corporaciones y su

autonomización, con su consiguiente lucha hegemónica y las pugnas en su seno, la cuestión criminal pasó a ser un ámbito muy disputado. Es sumamente interesante observar cómo fueron hegemónicos discursos de diferentes corporaciones y cómo fueron cediendo paso a los discursos de otras corporaciones. Por supuesto, pese a que el discurso criminológico de una corporación deje de ser hegemónico, porque el poder político y económico privilegió otro más funcional a la nueva situación de poder, no por ello la corporación que había elaborado el anterior dejará de existir, ni de seguir elaborando nuevos discursos, sino que, simplemente, éstos no tendrán el primado ni serán privilegiados por el poder político y económico del momento.

47. Además, cuando una corporación pierde la hegemonía (o cuando no la consigue), en el ámbito de la criminología suele desarrollar discursos que no siempre son incompatibles con los de la agencia hegemónica, sino que –pese a que aparezcan en ella esos discursos– también irrumpen otros que tienden a ser compatibles con el nuevo discurso hegemónico, es decir que una parte de la corporación se ajusta a las nuevas exigencias del discurso dominante en el poder. Es claro que el discurso jurídico-penal se adaptó al discurso biológico cuando perdió su hegemonía y éste pasó a ser dominante. Todo el derecho penal autoritario de peligrosidad lo prueba acabadamente.

48. Todo esto es lo que explica por qué los árboles de esta selva no mueren, nunca se secan, sólo renuevan su follaje. Las corporaciones pierden hegemonía, dejan de recibir el favor oficial como autoras de discursos criminológicos, extienden sus luchas por otros campos, pero no abandonan lo ya amojonado del ámbito criminal, mantienen algunos de sus cultores que renuevan constantemente sus discursos y siguen ofreciéndolos al poder político, ahora más renuente a prestar oídos a los de

esa corporación, pero que en ocasiones puede echar mano de ellos. Ninguna corporación abandona el campo de lucha por el apoderamiento del *crimen,* y sus discursos renovados siguen vivos.

49. Por todo lo señalado, *no debe confundirse este curso de la criminología con una historia de la disciplina.* La historia importa el registro de hechos pasados que se proyectan en sus consecuencias en el presente, pero este curso se refiere a hechos del pasado que directamente continúan presentes. Nadie crea que el guía que lo conduce por este curso de la criminología, lo lleva por los corredores y salas de un museo de teorías muertas, sino que debe aprestarse a recorrer los caminos de una selva de discursos vivos y constantemente renovados, producidos por corporaciones que pugnan entre sí por darles hegemonía, al amparo de negociaciones con poderes sociales más amplios. Ni siquiera la Edad Media ha terminado en la criminología, y su discurso continúa tan vigente como nunca, sólo que es necesario conocer los verdaderos troncos discursivos y no dejarse impresionar por el cambio de tonalidad del follaje. Aquí no se trata del error de perder de vista la selva a fuerza de mirar los árboles, sino del que genera mirar mal los árboles y creer que son diferentes. No es sencillo aprender a recorrer una selva donde los árboles se mimetizan.

XXIII. LAS GRANDES ETAPAS HEGEMÓNICAS

50. El curso de esta disputa tiene períodos largos y episodios coyunturales menores, sobre los que no vale la pena detenerse mucho. En los períodos largos –que son los importantes– las etapas de hegemonía discursiva acompañan los grandes capítulos del poder político y económico planetario, que adoptaron ciertos discursos y descartaron otros. En los últimos quinientos años pue-

den señalarse las siguientes etapas del poder mundial: *a*) la *revolución mercantil* (siglo XV), que ejerció el poder planetario en la forma de *colonialismo* (siglos XV a XVIII); *b*) la *revolución industrial* (siglo XVIII) que ejerció el poder planetario en la forma de *neocolonialismo* (siglos XVIII a XX), con una α) *primera etapa de ascenso de la burguesía* (siglo XVIII hasta mediados del XIX) y una β) *segunda etapa con la burguesía asentada en el poder* (siglos XIX hasta finales del XX); *c*) la *revolución tecnológica* (finales del siglo XX), que ejerce su poder planetario como *globalización.*

51. La dinámica se inició en el (siglo XV). El poder punitivo sirvió para corporativizar, jerarquizar y militarizar la sociedad, es decir, disciplinarla para permitir la expansión colonialista sobre otras sociedades. Este fue el fenómeno europeo que dio lugar a la *revolución mercantil europea del siglo XV* y al *colonialismo* como ejercicio de poder planetario. *La colonia fue una suerte de institución total a nivel masivo: fue el secuestro institucionalizado de muchos millones de seres humanos, por no decir de la mayor parte de la población del planeta; por lo menos dos continentes (América y África) se convirtieron en instituciones totales, con inmensos campos de concentración y exterminio.* Fue la etapa de los grandes viajes (llamados *"descubrimientos"* por los colonizadores), del primer sometimiento de América y África, de la hegemonía de las potencias marítimas y del discurso legitimante del poder transnacional y nacional, con *discurso en envase teocrático,* conforme al marco cultural del momento. Fue la etapa fundacional de la criminología, con el *Malleus* como discurso de los inquisidores, previo a la división neta de las corporaciones y de la competencia entre ellas.

52. Pero a lo largo de los siglos colonialistas (XV a XVIII), las corporaciones fueron perfilándose y autonomizándose, comenzaron a elaborar sus propios discur-

sos y, finalmente, cuando en el siglo XVIII eclosionó la *revolución industrial e inauguró la etapa del neocolonialismo* (hasta mediados del siglo XX), en un primer momento el poder otorgó hegemonía al *discurso de los juristas y filósofos de la Ilustración.* La hegemonía del discurso criminológico de los juristas y filósofos duró hasta el asentamiento de la burguesía en el poder social, comenzando su ocaso a mediados del siglo XIX. La *burguesía*, o sea, la clase de los industriales, comerciantes y banqueros que se concentraban en los *burgos* o ciudades (la llamada concentración urbana del industrialismo, que caracterizará desde ese momento a la civilización industrial) necesitaba ese discurso mientras luchaba por la hegemonía social contra la nobleza en el poder, porque le era indispensable acotar y reducir el poder punitivo de que ésta disponía. Pero cuando la burguesía alcanzó la hegemonía y se asentó en el poder en los países centrales, ya no le interesó limitar el ejercicio del poder punitivo y se desentendió de los juristas y filósofos que elaboraban discursos limitativos de éste.

53. Cuando este hecho se concretó, surgió una nueva agencia en algunos países, en tanto que en otros –donde ya existía– cobró nueva fuerza y función: la *policía.* Pero las policías no tienen discurso criminológico propio y, por ende, el discurso criminológico policial fue elaborado por los médicos en alianza con las policías y en contra de los jueces, juristas y filósofos: el discurso criminológico hegemónico fue –a partir de mediados del siglo XIX– el discurso médico-policial, de naturaleza biológica, que con matices mantuvo su dominio hasta el siglo XX y aún hoy sobrevive en buena parte de la criminología europea y latinoamericana. El neocolonialismo estrechó los vínculos económicos del centro con la periferia y legitimó todo su poder con el discurso biológico racista: racionalizó el poder interno con la criminología y el planetario con la antropología, ambos aportados por

la corporación médica. *El neocolonialismo fue una suerte de campo de trabajo de millones de humanos.*

54. Un tercer momento se inicia cuando el discurso biologista va perdiendo crédito, porque cambia el marco cultural, en especial porque los totalitarismos europeos se apoderaron del discurso con singular y trágica coherencia, y las sociedades muy complejas y dinámicas comenzaron a interrogarse sobre los fenómenos en forma colectiva y no individual. En esa circunstancia, se pone muy de manifiesto que la conflictividad se modifica con condiciones sociales y los críticos del poder lo aprovechan y destacan. Los sociólogos, que antes habían sido acallados por el reduccionismo biologista de su disciplina y que, para sobrevivir, debieron acomodar sus discursos con la biología, se independizan de ésta y comienzan a perfeccionar su dialecto particular, para elaborar y ofrecer discursos como producto auténtico de su propia corporación. Este proceso despuntó con la primera crisis del capitalismo (1890) y a los pocos años cobró hegemonía en los Estados Unidos y se extendió luego al resto de la criminología, aunque en algunos países siguió corriendo en estrecha competencia con su predecesor, convenientemente renovado. También hubo tentativas importantes de incorporar la cuestión criminal por parte de los psicólogos, pero nunca fueron hegemónicas. Menos importantes fueron las de algunos economistas, pero no faltaron.

XXIV. LA ACTUAL CARENCIA DE HEGEMONÍA DISCURSIVA

55. Por último, llegamos al confuso final del siglo XX y comienzo del XXI, en que no hay un discurso hegemónico desde el poder más amplio de la sociedad, aunque el discurso sociológico conserve hegemonía en el plano del poder académico. Ello obedece a que el poder social

más amplio se encuentra en una etapa de difícil transición, poco previsible. Los poderes político y económico tuvieron estrechas relaciones de cooperación tanto como de conflicto, pero en los años ochenta del siglo XX, los políticos directamente renunciaron al control del poder económico, que se transnacionalizó de modo nunca antes visto, eludiendo por vez primera todo control político. El poder económico globalizado se impone a los poderes políticos nacionales, sin que haya un poder internacional capaz de contenerlo. De ese modo, las conductas económicas criminalizadas en los estados nacionales (alteraciones artificiales del mercado) son impunes en el plano de la economía global. Los Estados nacionales –y con ellos el poder de los políticos– sufrieron una terrible pérdida de los atributos de la denominada *soberanía,* básicamente el poder fiscal (el capital globalizado exige menores impuestos, so pena de ir a otro Estado) y el poder punitivo (no puede reprimir las maniobras extorsivas y especulativas de ese mismo capital).

56. El reducido poder político nacional no puede resolver la conflictividad creciente que generan las condiciones que le impone el poder económico globalizado, que excluyen de la producción a grandes porciones de población (desempleo, subempleo) y que reducen su producto interno en relación directa con el deterioro de la inversión social (educación, salud, previsión). En otras palabras: pareciera que la empresa de administrar la vida ha sido abandonada, aunque no por eso se reasume –por el momento– la administración de la muerte. En cierto sentido, siguiendo con la terminología foucaultiana, puede decirse que del viejo *hacer morir o dejar vivir* del antiguo régimen inquisitivo, se pasó al moderno *hacer vivir y dejar morir* de la revolución industrial, para acabar ahora en un *dejar vivir y morir* de la actual etapa de la revolución tecnológica. Las agencias policiales aprovechan la creciente conflictividad para

ejercer mayor poder autónomo, librándose de controles y, finalmente, manifiestan la tendencia a monopolizar todos los delitos de mercado ilícito y, ante cualquier tentativa de control, intimidan con la amenaza de ingobernabilidad a los debilitados poderes políticos nacionales que, por otra parte, se ven sitiados por la demagogia de los operadores *extrasistema,* de ideología extremista autoritaria. En esta emergencia, los operadores de las agencias políticas del *statu quo,* ante la amenaza de los *extrasistema,* toman medidas con efecto comunicador que demuestre su firme decisión de contener la conflictividad, por lo general cediendo poder a las agencias policiales; los operadores políticos progresistas, acusados por lo general de *blandos* frente al crimen, tratan de demostrar lo contrario cediendo más poder aún a las agencias policiales.

57. En síntesis, la revolución tecnológica del siglo XX abre el camino a una nueva etapa de poder mundial (la *globalización*) en que conductas tradicionalmente criminalizadas tienden a ser monopolizadas por el poder económico y por las propias agencias policiales nacionales. El poder económico tiende a detentar la exclusividad de la criminalidad de mercado transnacional, en tanto que la criminalidad de mercado local (tráficos de objetos, personas y servicios ilícitos) tiende a concentrarse por las agencias policiales que enfrentan a los propios poderes políticos debilitados y en permanente cesión de atribuciones. Este *proceso de decadencia del poder político,* que sólo atina a espasmos de cesión de su propio poder, no es susceptible de adoptar ningún discurso racional o con apariencia de serlo. El discurso sociológico, incluso el etiológico, es inadecuado funcionalmente, porque desnuda la incoherencia de los poderes políticos debilitados por la impotencia para regular el poder económico y para controlar la creciente autonomización de las corporaciones. Menos aún pueden asumir un discurso

coherente cuando se empeñan en apelar a soluciones de corto alcance y efecto comunicador, que reducen aún más su poder. De allí que no pueda hablarse en nuestros días de un discurso hegemónico con jerarquía de tal, como no sea la desconcertante y errática apelación a retazos de discursos del pasado, fuera de todo contexto y por lo general deformados. No hay un discurso criminológico hegemónico, privilegiado y asumido por el poder político, porque no hay poder político configurador, sino sólo poderes políticos deteriorados y tratando de frenar su caída. El suicidio de los poderes políticos no puede asumir ningún discurso coherente como hegemónico, porque no tiene poder hegemónico. Por su parte, el poder económico no necesita semejante discurso, porque se ejerce por primera vez sin mediación alguna del poder político. En la era de la revolución tecnológica, hasta ahora lo importante para el poder político no es asumir un discurso académicamente coherente, sino emitir discursos a la medida de la comunicación mediática, que tengan efecto tranquilizador (normalizante), aunque en la realidad produzcan efectos paradojales. Un poder político que no puede reducir la violencia que su impotencia genera, y que sólo atina a emitir discursos incoherentes, con tal de que –mediante una comunicación social simplista– resulte normalizador, más que un discurso requiere un libreto para su espectáculo, porque él mismo y el propio Estado acaban asumiendo el carácter de un espectáculo.

58. El curso de la criminología pasó a través de estas tres hegemonías y llegó a la transición imprevisible del presente, en un proceso en que las corporaciones, a partir de la revolución industrial, han ido apelando crecientemente a la mediación de otro actor social, a medida que éste iba cobrando importancia: las agencias de *comunicación social.* En este momento, el propio poder político devaluado apela a estas agencias, que han co-

brado una importancia capital, dado que el poder político –imposibilitado de aportar soluciones reales– se esfuerza por comunicar falsas soluciones, que ocultan su permanente renuncia al poder. La lucha se traba en el ámbito comunicador, a través del que se construye una realidad virtual, que cada día se separa más de los hechos. No es posible concebir ningún discurso que sea funcional a esa forma de renuncia al poder, porque los discursos siempre fueron funcionales al ejercicio del poder y no a su renuncia. Todo esto explica la razón por la cual hablamos de un momento de transición imprevisible, porque parece ser demasiado inestable y su proyección hacia el futuro, en estas condiciones, no es viable por tiempo prolongado.

59. El *repaso crítico de todos estos discursos y de sus relaciones con el poder, cuando fueron hegemónicos –y antes y después de ello– y de sus relaciones con el poder más amplio, con su correspondiente contexto cultural y, en su caso, con las agencias de comunicación social, es la tarea de la criminología teórica, de la cual deben extraerse los elementos necesarios para reducir la violencia de la conflictividad generada en torno de la cuestión criminal.* Esta primera visión del curso seguido por la criminología se aproxima a lo que suele llamarse una definición, pero sin imponerla por un acto arbitrario, sino avanzando en su demostración. Qué es la criminología sólo se responde recorriendo su curiosa acumulación de discursos y perspectivas, de hegemonías y caídas, de luchas entre las corporaciones y del veleidoso poder social más amplio, hasta llegar a su crisis actual, que no es crisis de la criminología, sino del poder que repartía hegemonías.

LAS "CLASES PELIGROSAS": EL FRACASO DE UN DISCURSO POLICIAL PREPOSITIVISTA*

1. La admiración de RIVACOBA por el penalismo iluminista y liberal hacía que con frecuencia su conversación cayese en ese tema. Prefería las cumbres pensantes del discurso penal, evitando los momentos de su decadencia policial y racista. Por mi parte, paseo con mayor frecuencia por esos bajos parajes, no por curiosidad morbosa, sino tratando de hallar su estructura discursiva para mejor neutralizar su triste eficacia patibularia. La fina sensibilidad de RIVACOBA frente a los discursos antiliberales agotaba rápido su paciencia y le impedía acompañarme en esas incursiones por los suburbios deteriorados del pensamiento penal. Por eso, no recuerdo –pese a un diálogo de más de tres décadas– haber discutido con RIVACOBA sobre el origen policial del positivismo y tampoco puedo afirmar que compartiese totalmente esta opinión. Pero sin duda, sé que tenía en alta estima el esfuerzo ajeno por desbaratar la eficacia de los discursos autoritarios, en especial cuando consistían en recorridos por los páramos que su escasa paciencia no le permitía transitar. Por ello, estimo que esta excursión por los orígenes del positivismo permitirá descargar a la policía de un estigma ideológico que no merece: su contribución a la hegemonía positivista fue enorme pero corporativa, no ideológica. El racismo positivista es discurso completamente prestado por su corporación asociada, o sea, por la ideología médica de su tiempo.

* Del Libro homenaje a Manuel DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Buenos Aires, 2004.

2. El positivismo retomó el discurso inquisitorial, en especial el centroeuropeo[1], arropando las ramas de ese árbol, que en su origen medieval cubrían los ejércitos de diablos, con el follaje de los incontables signos de degeneración o infrahumanidad biológica del evolucionismo racista, tan ingenuo como burdo. Cuando al promediar el siglo XIX la burguesía europea se asentó en el poder, el discurso liberal dejó de ser funcional a sus intereses; necesitaba otro, que legitimase su hegemonía pero que, al mismo tiempo, consolidase la nueva agencia que había surgido con la revolución industrial: la policía. Toda vez que ésta no tenía discurso propio, lo proveyó la corporación de los médicos, dando por resultado el discurso médico-policial del positivismo. En la lucha de las corporaciones por apoderarse de la cuestión criminal[2], la hegemonía discursiva en el saber criminológico, que hasta entonces la habían tenido las corporaciones de juristas y filósofos, pasó a la de médicos y policías. El positivismo fue precedido por anteriores discursos médicos, pero éstos no habían llegado en el momento adecuado: los fisiognomistas y los frenólogos[3] ensayaron

[1] KRAEMER y SPRENGER: *El martillo de las brujas*, trad. cast. de Miguel Jiménez Monteserín, Madrid, 1976; *Malleus Maleficarum*, trad. inglesa de Montague Summers, London, 1928 (reimp. 1951); *O Martelo das feiticeiras*, trad. de Paulo Froes, Rio de Janeiro, 1991; *Il martello delle streghe*, trad. de Buia-Caetani-Castelli-La Via-Mori-Perrella, Venecia, 1977; *Der Hexenhammer*, trad. alemana de J. W. R. Schmidt, Berlin, 1920 (tres volúmenes); *Malleus maleficarum*, Lugduni, MDCXX (esta edición forma parte de tres volúmenes que compilan otros tratados sobre el tema; debo la copia a la gentileza del Prof. Fernando Perez Álvarez, de la Universidad de Salamanca).

[2] Sobre ello, ZAFFARONI, E. R., *La criminología como curso*, en "Política criminal, derechos humanos y sistemas jurídicos en el siglo XXI", vol. de hom. al Prof. Dr. Pedro R. David, Buenos Aires, 2001, pp. 925 y ss.

[3] DELLA PORTA, Giovan Battista, *Della fisonomia dell'uomo, con illustrazioni dell'edizione del 1610*, Parma, 1988; LAVATER, Johann

sus teorías con demasiada anticipación. La hegemonía llegó cuando su discurso fue asumido por la corporación policial; fue la oportunidad de LOMBROSO y LACASSAGNE[4].

Este trabajo tiene por objeto verificar y ratificar que la corporación policial necesitó del discurso médico porque no había logrado elaborar uno propio, pese a haberlo intentado. *Se demuestra aquí que el ensayo de un discurso por parte de la corporación policial, anterior al positivismo, no tuvo éxito debido a la debilidad estructural del producto, a sus contradicciones resultantes y, en gran medida, a que incluso resultó disfuncional para legitimar la represión policial ilimitada. Si los médicos habían tenido discursos, pero les había faltado poder para lograr la hegemonía, las corporaciones policiales tenían*

Caspar, *La physiognomonie ou l'art de connaitre les hommes d'apres les traits de leur physionomie,* publié par Gustave Havard, París, s.d.; LAVATER, Johann Caspar/LICHTENBERG, Georg Christoph, *Lo specchio dell'anima. Pro e contro la fisiognomica, un dibattito settecentesco,* a cura di Giovanni Gurisatti, Padova, 1991; COURTINE, Jean-Jacques-/Haroche, Claudine, *Storia del viso. Esprimere e tacere le emozioni (XVI a XIX secolo),* Palermo, 1992; KASSNER, Rudolf, *Fondamenti della fisiognomica, Il carattere delle cose,* Vicenza, 1957; CERCHIARI, G. Luigi, *Fisiognomia e mimica,* Milano, 1990; GETREVI, Paolo, *Le scritture del volto. Fisiognomica e modelli culturali dal Medievo ad oggi,* Milano, 1991; KRIS, Ernst, *La smorfia della follia, i busti fisiognomici di Franz Xaver Messerschmidt,* Padova, 1993; MAGLI, Patrizia, *Il volto e l'anima,* Milano, 1995; RODLER, Lucia, *I silenzi mimici del volto. Studi sulla tradizione fisiognomica italiana tra Cinque e Seicento,* Pisa, 1991; GIUFREDI, Maurizio, *Fisiognomica, arte e psicologia tra Ottocento e Novecento. In appendice Saggio di fisiognomica di Rodolphe Töpffler,* Bologna, 2001; NICEFORO, Alfredo, *La fisiognomica nell'arte e nella scienza,* Firenze, 1952

[4] Entre la inmensa bibliografía sobre ellos, los últimos estudios, por ejemplo: GUARNIERI, Luigi, *L'atlante criminale. Vita scriteriata di Cesare Lombroso,* Milano, 2000; VILLA, Renzo, *Il deviante e i suoi segni, Lombroso e la nascita dell'antropologia criminale,* Milano, 1985; sobre LACASSAGNE, DEBUIST, Charles, en DEBUIST/DIGNEFFE/PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine,* Quebec, 1998, pp. 343 y ss.

poder, pero no habían conseguido el discurso adecuado; es curioso que su escasez de elementos fuese tal que, en buena medida, el intentado resultó ser casi iluminista y de crítica social.

3. La obra que aquí se analiza es de H. A. FRÉGIER, jefe policial de la zona del Sena, publicada en 1840[5], pero escrita por lo menos dos años antes. Se trata de un documento muy original, con opiniones a veces sorprendentes. Es poco conocido, aunque fue citado en debates parlamentarios en 1888, en el ocaso del Brasil imperial[6]. Por vez primera se usó la expresión *clases peligrosas*[7], pero no por obra de FRÉGIER, sino que con ese título la Academia de Ciencias Morales había convocado al concurso al que el autor se presentó y en que su libro resultó premiado, en los siguientes términos: *Investigar, según observaciones positivas, cuáles son los elementos que componen, en París o en cualquier otra gran ciudad, esa parte de la población que forma una clase peligrosa por sus vicios, su ignorancia y su miseria; indicar los medios que pueden emplear la administración, la gente rica o acomodada, los obreros inteligentes y trabajadores, para mejorar esta clase peligrosa y depravada.* La Academia presuponía que la clase peligrosa y depravada era la de los obreros no inteligentes ni trabajadores, carac-

[5] *Des classes dangereuses de la population dans les grandes villes et des moyens de les rendre meilleures. Ouvrage recompensé en 1838 par l'Institut de France* (Académie des Sciences Morales et Politiques). Par H. A. FRÉGIER, Chef de Boureau a la Préfecture de la Seine. Bruxelles. Meline, Cans et Compagnie, Librairie, imprimerie et fonderie, 1840.

[6] CHALHOUB, Sidney, *Cidade Febril. Cortiços e epidemias na Corte Imperial*, São Paulo, 1996, p. 20.

[7] CHALHOUB (ibídem) la atribuye también en los años 40 del siglo XIX a la escritora inglesa Mary Carpenter, pero al mismo tiempo reconoce su uso parcial y, además, por las razones aquí expuestas, queda claro que el empleo de la expresión por la Acedemia francesa fue anterior.

terísticas derivadas de vicios, ignorancia y miseria. El autor responde expresando que se ocupará también de la clase peligrosa letrada, en razón del papel que la inteligencia juega en la depravación.

4. La obra se divide en cuatro partes: la estadística, los hábitos de vida, las medidas para evitar la expansión del vicio y los remedios[8]. En rigor, el esquema es simple: en vocablos positivistas posteriores sería *descripción* (cuantificación y características) y *prevención* (primaria y secundaria). El discurso está basado en puntos de vista exclusivamente morales: *el vicio es la causa de todos los males*. Si bien es la obra de un policía, su marco teórico es el moralizante de la psiquiatría de su época[9], fundado en la confianza de que el progreso material conlleva el progreso moral. Por ello, afirma que el vicio es *inherente a la naturaleza humana*, en forma tal que el virtuoso no pasa de ser el menos vicioso. El vicio del rico priva a la beneficencia de lo que éste entrega a sus pasiones, en tanto que el pobre lo quita a su familia. Pese al tono moralizante de toda la obra, sorprende la insistencia del autor en el principio de ofensividad: *Allí donde no hay ofensa ni daño, la acción penal no tiene nada que hacer: esta es la línea que separa el dominio de la ley civil del de la ley moral. Sin embargo, no es menos cierto que es la falta de moral la fuente de los delitos, por lo que un buen gobernante debe ocuparse de ella*[10].

Si bien los vicios afectan a todas las clases sociales, para FRÉGIER los de las clases ricas no son tan peligrosos, porque disipan lo que les sobra y ofrecen menos ca-

[8] FRÉGIER, p. 16.

[9] Ver, por ej., SAUZE, Alfred, *De l'imprisonnement cellulaire: de sa double influence sur la santé physique et morale des détenus*; y *Études médico-psychologiques sur la folie*, Paris, 1862, p. 165; históricamente, GALZIGNA, Mario, *La malattia morale. Alle origini della psichiatria moderna*, Venezia, 1988.

[10] FRÉGIER, p. 9.

sos de criminalidad. *Las clases pobres y viciosas, en lugar, siempre han sido y seguirán siendo las mayores productoras de todo orden de malhechores. Por eso son las más propiamente llamadas clases peligrosas. Un individuo vicioso de esta clase es siempre fuente de temor, aunque el vicio no se acompañe con la perversidad. En el momento en que por su vicio deja de trabajar, se convierte en un enemigo de la sociedad*[11]. Distingue la clase ociosa de la de obreros trabajadores, aunque entre los últimos algunos comparten los vicios de la primera. La parte más sospechosa de la clase peligrosa son los condenados y liberados; los últimos forman el sector más depravado y temible de la población peligrosa. Señala que hay quienes combinan una actividad lícita con la malvivencia, en general, provenientes de hogares honestos que abandonan para refugiarse en las grandes ciudades. De esta clase y de la alta surgen los estafadores de finos modales que operan en las salas de juego y en los salones galantes. Por supuesto, no olvida a la mujer: *Las mujeres, aunque en menor número, juegan un* rol *importante como causa primera o como instrumento en todo género de atentados que afligen a la sociedad; se reclutan en todos los rangos de la jerarquía social y abarcan todas las formas de depravación: la prostituta, la galante, la cómplice de la estafa y la ladrona*[12].

Distingue el vicio de la perversidad, pero como el primero se desplaza hacia la segunda, no puede separarlos y, por ello, acaba incluyendo a ambos en el concepto de clases peligrosas, aunque excluye a los activistas en sediciones populares, porque los considera emergentes de momentos extraordinarios y sólo quiere ocuparse de lo permanente[13].

[11] Ídem, p. 11.
[12] Ídem, p. 13.
[13] Ídem, p. 15.

5. Como la parte pobre y viciosa de la clase obrera es la que más contribuye al crimen, comienza por evaluar numéricamente a la población industrial, que considera formada por obreros, obreras, aprendices y traperos. Es interesante consignar que el control policial de este segmento fracasaba por desorganización, pues FRÉGIER se quejaba de que nunca pudo hacerse efectivo el sistema legal de libretas para obreros. Calcula el número en 75.000, pero luego, sobre la base de los datos de los alojamientos controlados por la policía, especialmente las llamadas casas amuebladas, lo estima en 78.000 en temporada baja y 105.000 en alta, con un tercio de solteros[14], unas 40.000 obreras casadas o en convivencia y otras 20.000 solteras. Pensando que en cada familia obrera hay dos aprendices, establece su número en 100.000, con lo cual llega al número total de obreros, obreras y aprendices, de 235.000 en temporada baja y 265.000 en alta[15].

Aclara que la parte de ellos que se lanza al vicio de ninguna manera podría ser completamente controlada por la policía. Invoca nuevamente la distinción entre moral y derecho a este respecto: *Nuestra civilización, si bien fuertemente avanzada, probablemente no soportaría medidas preventivas de la policía, que tuviesen por objeto señalar, en los* cabarets *y otros lugares de ese género, a los ebrios y a los jugadores, para privarlos de los medios de librarse a sus hábitos viciosos,* lo que contrapone a los Estados Unidos, donde afirma que *no se distingue entre las leyes y la moral* [16]. Su estimación del número de viciosos, al parecer sin mayor base empírica, es bastante alta, pues le asigna un tercio: 35.000 obreros y 20.000 obreras. Sin explicación razonable calcula que,

[14] Ídem, p. 24.
[15] Ídem, p. 25.
[16] Ídem, p. 27.

como hay grados de vicio, la mitad de los obreros y los dos tercios de las obreras viciosas, deben considerarse el número de los más depravados[17].

6. La *clase ociosa* forma la antesala de lo que es más abyecto, corrupto y peligroso para la sociedad. Se compone de jugadores, mujeres públicas, sus amantes y rufianes, dueñas de casas de prostitución, vagabundos, defraudadores, estafadores, rateros y ladrones, ladronas y encubridores. Afirma que *los vicios dominantes en los individuos así designados son la pereza, el juego, la intemperancia, el libertinaje y en general todas las pasiones bajas e inmorales*[18]. Viven en un estado de excitación continua, que los precipita en el crimen. Las diferentes actividades ilícitas se combinan y un sujeto puede realizar varias simultáneamente, lo que emplea como pretexto para explicar la imprecisión de los datos que maneja: como un ladrón puede ser a la vez rufián y una prostituta estafadora, no es posible disponer de estadísticas exactas. A las mujeres públicas las clasifica en prostitutas *registradas* (3.800), que pueden ser libres (dos tercios del total habitan cuartos amoblados o alquilan otros sin muebles) o estar en casas de tolerancia (un tercio), y *no registradas o insumisas*, que son las que forman la prostitución clandestina (4.000). Calcula en 7.800 el número de amantes y rufianes[19].

7. En cuanto al vagabundo, afirma que *es el tipo originario de todas las potencias del mal, encontrándose en todo lugar en que se ejercen industrias ilícitas o criminales*[20], estimando su número en 1.500. Analiza luego los alojamientos de las clases peligrosas, desde las pensiones más miserables hasta quienes consiguen casas par-

[17] Ídem, p. 29.
[18] Ídem, p. 37.
[19] Ídem, pp. 39/40.
[20] Ídem, p. 40.

ticulares con buenas referencias de sus vecinos. Se queja de que *la dulzura de nuestras costumbres, la humanidad de nuestras leyes y la discreción extrema de los locadores conspiran a favor de la impunidad*[21]. Concluye que el total de la clase peligrosa de París es de 63.000 individuos, *de todo sexo y edad*[22].

Como buen policía preocupado por el orden, no deja de señalar las carencias y el escaso interés oficial en las estadísticas y sugiere la forma de elaborarlas para un mejor conocimiento y control. Propone un censo de obreros por profesión y el registro de industrias, desde el empresario al aprendiz, como parte del deseo controlador disciplinante al que no escapa. Para calcular la cifra de delincuentes desconocidos (lo que luego se llamaría *cifra oscura*), propone comparar los datos de las hojas de detención con el número de denuncias, aunque aclara que sería un error suponer que cada denuncia importa un malhechor, porque una misma persona suele cometer varios delitos[23].

8. Seguidamente pasa a ocuparse de las costumbres, hábitos y género de vida de las clases viciosas y peligrosas, comenzando por la porción viciosa de las clases obreras. Reconoce en las clases obreras dotes de virtud, especialmente de solidaridad frente a las carencias y a la enfermedad, aunque sean producto de primitivismo: *Sus cualidades morales derivan de las virtudes primitivas de la humanidad y las practican con un celo y una simplicidad dignas del elogio de toda persona de bien.* Describe bucólicamente las relaciones del empleador con el obrero y las de éste con sus compañeros. Reconoce que los hijos extramatrimoniales suelen ser criados como legítimos y que los obreros entregan casi todo el salario a la

[21] Ídem, p. 44.
[22] Ídem, p. 45.
[23] Ídem, pp. 47/51.

mujer, aunque algunos lo hacen por mitades y otros lo retienen y la mujer se arregla con el salario propio[24]. *El cabaret es el lugar de reposo y recreación del obrero.* Allí cae para quejarse del maltrato, de las humillaciones y de los conflictos familiares, aunque no siempre llega a la ebriedad por ingestión de bebidas fuertes. Interrogado un obrero sobre su costumbre de frecuentar el *cabaret* dirá que se debe a debilidad de carácter o a orgullo. Incluso empresarios de pequeñas industrias comparten esta costumbre. Considera que los patronos debieran imponer cierta disciplina al respecto. Describe en tono sombrío la indigencia a que lleva el despilfarro en el *cabaret* y la condición en que se sume a la mujer. En un pequeño número de casos reconoce que la pasión por el vino absorbe todas las otras pasiones, describiendo a la mujer y a los hijos espiando la salida del marido el día de pago para salvar el salario, *pero el vino vence y el malvado acaba en el cabaret en orgías báquicas* [25]. Pero no todas las mujeres se salvan: las hay que se dan al vicio volviendo el lunes por la mañana casi ebrias, dando el mal ejemplo que corrompe a los niños. Se atribuye a ciertos obreros que viven en concubinato el intercambio de las mujeres. Defraudan a sus proveedores y hay casos en que se hacen servir cenas y no pagan[26].

9. Pondera las virtudes *de las hijas de obreros, honestas, buenas hijas, que sólo salen en días de fiesta con sus padres, y más tarde son buenas esposas. Las que trabajan en talleres o tiendas requieren un mayor cuidado de sus padres, sus relaciones voluntarias con compañeros no tienen nada criticable, mientras se mantengan los principios de recato y decencia. Pero si se trata de un taller donde no impera la decencia y se permiten los co-*

[24] Ídem, p. 58.
[25] Ídem, pp. 61/65.
[26] Ídem, pp. 66/67.

mentarios procaces de los obreros reunidos, se pondrán en duda los principios morales de la joven novicia[27]. Critica a los padres que retienen todo el salario de sus hijas, impidiéndoles una vestimenta acorde con su condición y provocando una aversión al domicilio, que termina en una quiebra de la relación. Las obreras se dividen en empleadas de tiendas y de fábricas. Las primeras tienen educación y modales superiores. El vicio opera en ambas, pero es más refinado en las primeras. Las fábricas son las antesalas de la corrupción, pues los salarios de las obreras son bajos y cuando tienen familia requieren que alguien las sostenga, lo que por regla general hallan en el matrimonio y el concubinato, pero algunas *van de desilusión en desilusión y caen en la prostitución*[28]. Otras lo hacen cargadas de hijos y abandonadas por su concubino. Las obreras de las hilanderías se ven obligadas a llevar también a sus hijos y conviven en una insana mezcla de edades y sexos, sin que nadie se ocupe de la moralidad. Desde los doce años los niños son colocados como aprendices, lo que descarga a la madre, pero hace que concurran a sus cursos escolares después de diez o doce horas de trabajo. Las obreras de las fábricas suelen ser embarazadas muy jóvenes, por obreros que se desentienden de la suerte del niño. Tampoco es extraña la embriaguez entre las obreras de fábrica[29].

Una atención especial dedica FRÉGIER al trapero, que debe realizar por lo menos tres rondas para conseguir un salario mínimo. Relata que viven en condiciones miserables y antihigiénicas, que almacenan las cosas que juntan en su misma vivienda, se embriagan igual que los obreros, pero en lugar de vino prefieren aguardiente[30].

[27] Ídem, pp. 69/70.
[28] Ídem, p. 73.
[29] Ídem, p. 76.
[30] Ídem, p. 80.

10. Pasa luego a ocuparse de las costumbres de la porción viciosa de las clases acomodadas, aunque no parece adecuarse el título a su contenido con total exactitud. Se refiere en principio a los empleados de escribientes o copistas, que en tiempos en que no existía la mecanografía ofrecían sus servicios en la calle y en el interior del Palacio de Justicia. Afirma que entre ellos se encuentran *eruditos despedidos de estudios, oficiales expulsados del ejército, ex reclusos, hijos de familia repudiados, que forman el desecho de la sociedad. Los principales vicios de la clase depravada de los escribientes son la embriaguez, la gula, el juego y la pereza.* Se trata de personas que por su gula consumen en comida lo que ganan, aunque no les quede para vestir ni para dormir fuera de lugares nauseabundos[31]. Pinta en colores positivos la vida de los estudiantes, pero de inmediato se dedica a sus desarreglos debidos a las mujeres y el juego, y no falta la remanida referencia a los *judíos que los explotan*[32]. Describe los casos de estudiantes que engañan a sus padres con sus supuestos estudios, hasta que son visitados por éstos y sancionados con la total privación de fondos. Afirma que los más proclives son los de primer año, corrompidos por otros al encontrarlos solos y sin controles en la ciudad. La minoría de estudiantes se deja llevar y termina con pequeños hurtos en restaurantes y otras infracciones menores. De cualquier manera, señala que deben ser considerados con benignidad y aclara que no pretende erigirse en censor de la moral de una clase a la que tiene el honor de pertenecer[33].

Afirma que los empleados de comercio son más solidarios que los estudiantes. Sufren un aprendizaje más

[31] Ídem, p. 83.
[32] Ídem, p. 88.
[33] Ídem, pp. 89/91.

duro, durante el cual ganan menos y siempre están tentados de robar a su patrón, quien sólo lo notará porque hablan y los gastos inadecuados llegan a sus oídos. Afirma que las mujeres galantes seducen a los empleados de las tiendas y que en los bailes públicos éstos son los más escandalosos[34].

11. El autor se introduce en el tratamiento de las *costumbres de la clase peligrosa y de las causas de su depravación y fechorías*, describiendo los barrios, las viviendas y las pensiones en que suelen pernoctar los malhechores y explica la organización de la policía de París. La clase peligrosa prefiere concentrarse en ciertos distritos, por su posición central. Señala que el distrito de la *Cité* tiene un aspecto particularmente siniestro, que contrasta con los monumentos vecinos. Las calles son angostas (ocho pies) y albergan tienduchas, lugares de encuentro de prostitución y de bandidos. Menciona otros barrios donde abundan prostíbulos y bares: *Saint Jacques, Saint Antoine, Palais Royal, Saint Denis, St. Martín des Champs, St. Thomas d'Aquin, Porte St. Martin, les Invalides, Arsenal, Hôtel du Ville, Oservatoire*, y el barrio del *Temple*, uno de los más infectados. *Las casas de prostitución son un foco infeccioso, las piezas dan a corredores sin luz ni aire, hay suciedad por doquier, sólo algunas tienen camas o catres*[35].

Entrando al tema, comienza por los jugadores, a quienes caracteriza como personas en las cuales la necesidad de jugar absorbe a las demás. Tratándose de personas de las clases necesitadas, como sólo se ocupan de su necesidad de jugar, están destinadas a terminar como ladrones o vagabundos. Por otra parte, la pasión por el juego es compartida por casi todos los delincuentes, debido a la fuerte emoción que éste proporcio-

[34] Ídem, p. 94.
[35] Ídem, pp. 95/100.

na. FRÉGIER no desaprovecha este argumento para disculpar la dificultad policial *para recuperar íntegros los botines de robos y hurtos. Los presos no tienen empacho en jugarse todo, incluso el pan que necesitan para sobrevivir.* Termina relatando el caso de un preso que, en la enfermería, se jugaba la comida y la bebida que necesitaba para restablecer fuerzas y que terminó muerto por inanición[36].

12. El autor se detiene largamente en el tema de la prostitución. Afirma que se trata de un mal que está extendido por todo el mundo y que en París se ha reglamentado, en contraste con la política prohibicionista de los viejos reyes, lo que considera la solución más sana[37]. Se queja de una prostitución refractaria, clandestina, que se niega a la inscripción en los registros de la policía y que afecta severamente la moral, sin dar razón alguna de la causa por la cual la inscripta se supone que no la afecta. Afirma que como la persona inscripta tiene una vigilancia más estrecha de la policía, tiende a no cometer delitos. Las mujeres se inscriben voluntariamente o son inscriptas de oficio, aunque *la inscripción no significa autorización para prostituirse.* Si es mayor y la autoridad *comprueba buenos sentimientos*, hace todo lo posible para *devolverla a su familia.* Si no es natural de París, puede ser que, para subsistir, elija inscribirse en el *registro de la infamia*[38] o bien que *después de la primera falta se hubiese alejado de la familia.* De cualquier modo, *la autoridad usa una gran circunspección: es probable que rechace la inscripción y que para evitar que caiga en la prostitución clandestina la remita a su lugar de origen.* En todo caso, la autoridad requiere al alcalde el certificado de nacimiento y promueve por su in-

[36] Ídem, pp. 105/107.
[37] Ídem, p. 108.
[38] Ídem, p. 110.

termedio la consulta a la familia, que *siempre estará enterada de que la mujer se halla al borde del precipicio.* Mayor aún es el cuidado cuando se trata de menores, a quienes se interna en el convento de Damas de San Miguel, de uno a seis meses, y si pese a ese rigor no se corrigen, recién entonces se resuelve inscribirlas, es decir, una vez verificado que la mujer *está totalmente volcada al vicio.* Se le hace firmar (o poner una cruz) en un documento donde se compromete a observar los reglamentos sanitarios; sostiene que eso es muy importante, porque para la mujer representa una suerte de acuerdo con la administración[39].

Calcula las edades de las mujeres siguiendo una investigación de Parent-Duchatelet de 1831, en que las cifras suben desde los 14 hasta los 28 años y descienden desde los 28 hasta los 40, y de allí caen en vertical hasta que, a los 50, no queda ninguna. Observa un alto porcentaje de mujeres emparentadas, lo que toma como prueba de corrupción de ciertas familias y del *contagio moral* de la prostitución en las clases pobres[40]. Hace un análisis clasista de la prostitución, destacando que existe un pequeño número de prostitutas libres, que viven en el lujo, cobran caro, tienen amantes poderosos; le siguen las de clase media, que tienen como clientes a estudiantes de Derecho y jóvenes abogados. Concluye en que las pobres son las más corruptas y que las diferencias de clase provocan rechazos entre ellas, que deben compartir a veces hospital y cárcel. En las cárceles su correspondencia es controlada por la policía, pero se queja de los amantes poderosos que reclaman por ellas, lo cual, a su juicio, prueba la corrupción de las clases elevadas[41]. Se expresa con cierta admiración frente al

[39] Ídem, p. 112.
[40] Ídem, p. 114.
[41] Ídem, p. 117.

amor de las prostitutas por sus rufianes (*souteneurs*), que les brindan protección frente a los inspectores policiales, con los que suelen tener encuentros y resistencias violentos.

13. Clasifica los prostíbulos en públicos y casas de paso. Las dueñas son conocidas como *maitresses* de *dames de maison*, vocablo que reemplaza a otros malsonantes[42]. Las *maitresses* suelen ser prostitutas que se vuelven empresarias con sus ahorros. No se autoriza a operar como tales a mujeres casadas y si lo son, el marido queda totalmente excluido del negocio, al igual que no se admite que tengan niños consigo. Las pupilas no reciben salario, sino que sólo son pagadas con alojamiento, comida y vestido y su ganancia se obtiene de las propinas de los clientes. Expresa que el último grado de la prostitución lo constituyen las *pierreuses*, que son errantes y marginales y suelen colaborar con ladrones y pederastas. Destaca los buenos sentimientos solidarios de las prostitutas con su familia, con sus niños, con sus rufianes y con las propias colegas enfermas[43].

La clasificación no es clara, pues aunque en la sección referida a la prostitución oficial se refiere constantemente a la clandestina que ronda siempre en torno de ella, en el párrafo específico sobre la clandestinidad, se ocupa casi exclusivamente de la prostitución de niños. Habla con indignación moral y destaca las dificultades de investigación. Explica que el modo de explotar esta prostitución es que una mujer alquila dos pisos en un mismo edificio y en uno mete a los niños, para que cuando la policía intervenga, pueda decir que nada tiene que ver con ellos[44].

[42] Ídem, p. 120.
[43] Ídem, pp. 127/128.
[44] Ídem, p. 131.

14. Los capítulos siguientes son menos detallados, pero igualmente interesantes. Personifica en el vagabundo *todas las clases de malhechores*[45], considerándolo *una vegetación inmunda, sólo preocupada por el presente*, inseparable de la mendicidad. Explica el fenómeno porque los niños rebeldes huyen de sus casas y mientras los más tímidos se dedican a la mendicidad, los más osados lo hacen al hurto y son los líderes. Algunos son hijos de ladrones y aprenden desde muy pequeños; afirma que, en ocasiones, a los tres años saben desarmar una cerradura[46]. Admite que existen vagabundos involuntarios, que son producto del maltrato familiar, y agrega con notorio prejuicio clasista que *los castigos en la clase pobre son desproporcionados y brutales*[47].

Se ocupa luego del fraude al consumo, con el tráfico de objetos sometidos a impuestos indirectos, transportados debajo de los vestidos, sobre los muros, lanzados en vejigas o pasados por túneles[48]. Por último se dedica a los *rateros, ladrones, bribones y receptadores.* Destaca que la miseria lleva a algunos hombres al suicidio y a otros al robo y que la pérdida del trabajo y las crisis precipitan estas situaciones, por efecto de la insuficiencia de la asistencia pública en esas emergencias; también recuerda a los que llegan a la ciudad desde las provincias, que no hallan trabajo y son sumidos en la miseria. Afirma enfáticamente que todos ellos se sienten humillados por la comparación con la riqueza que ven en la ciudad y que los irrita[49].

Estudia las distintas clases de ladrones, comenzando por los rateros, cuya vida depende de la habilidad y rapidez de sus manos, que trabajan los domingos en lu-

[45] Ídem, p. 133.
[46] Ídem, p. 136.
[47] Ídem, p. 138.
[48] Ídem, pp. 139/141.
[49] Ídem, p. 146.

gares muy públicos y son llamados *vouleurs à la tire*. Señala que los más peligrosos entre éstos son los elegantes y de buenas maneras que, obviamente, desconciertan al policía, porque no responden al estereotipo. Los ladrones de domicilios se llaman *cambrioleurs*, los que se meten en cualquier casa son *cambrioleurs à la flan*, en tanto que los que se mueven con estudios e informes sobre el domicilio son conocidos como *caroubleurs*, especialmente porque se valen de llaves falsas (*caroubles*). Existen ladrones que se introducen como pueden en las casas, por las cocinas, mezclándose con la servidumbre, aprovechando la hora de la comida, etc., y se apoderan de lo primero que encuentran a mano, como la platería, por ejemplo; son los *bonjouriers* o *vouleurs au bonjour* o *chevaliers grimpants*[50]. Los ladrones de las estaciones o lugares donde llegan y parten coches son los *rouletiers*, los de tiendas son los *boucardiers*. El ladrón que actúa con otro distrayendo al dependiente de tienda al hacerle compras simultáneas es autor del *vol à la détourne*. Se refiere a otras maniobras que no son propiamente de robo sino de estafa y también de extorsión, como el caso de los homosexuales a quienes falsos policías les echan a un joven como señuelo, para chantajearlo[51]. Si bien no descarta la existencia de ladrones asesinos y de gran perversión, precisa que no son los que dominan.

15. Aunque confunde los límites del robo con la estafa, abstractamente los distingue con un criterio claro: en tanto que en la estafa el damnificado entrega con sus manos, en el robo el agente se apodera sin el concurso de la víctima, por lo que sostiene que la estafa sería un robo encubierto[52]. Clasifica a los estafadores en tres ca-

[50] Ídem, p. 151.
[51] Ídem, p. 161.
[52] Ídem, p. 164.

tegorías: los mendigos a domicilio, los que asumen el título de negociantes y ciertos jugadores. Los primeros fingen necesidades; los segundos emprenden negocios y desaparecen cuando tienen una operación sustanciosa, después de haber creado confianza; y los terceros son los jugadores tramposos. Estos últimos actúan en toda Europa y en especial en los lugares de turismo o concentración de gente, siendo *estafadores de elite*[53].

En cuanto a la intervención de las mujeres, señala que las más involucradas son las prostitutas de bajo nivel que roban a los obreros borrachos en los *cabarets*, las domésticas que tienen pretexto para meterse en las casas en busca de trabajo y llevarse lo primero que encuentran (*donneuses de bonjour*), las ladronas de tiendas (*détourneuses*) y las que compran una pieza y aprovechan para robar otras (*vol à la carre*), en tanto que sostiene que es difícil la participación de la mujer en la estafa[54]. La última clase de delincuentes de que se ocupa son los receptadores, explicando que cada banda tiene su propio receptador y que en caso de arresto sus miembros acuden a éste para protección económica. Concluye que el reclutamiento de la clase malhechora se hace entre los liberados y que hay más reincidencia entre los que provienen de correccionales, pues el castigo más fuerte tiene efecto de contención[55]. Explica que los ladrones se reúnen en bandas y que los jefes de grandes bandas se asocian, creando una confederación de jefes de bandas, lo que parece constituir el primer delirio alrededor de la *delincuencia organizada*[56], del que formaría parte el *argot* como idioma propio[57].

[53] Ídem, p. 168.
[54] Ídem, p. 172.
[55] Ídem, p. 173.
[56] Ídem, p. 177.
[57] Ídem, p. 180.

16. En las más de cuatrocientas páginas siguientes de su obra, FRÉGIER se ocupa de la prevención primaria y secundaria frente a las *clases peligrosas*. Se trata de un verdadero programa social, dictado en buena parte por el sentido común, pero siempre con orientación social. En cuanto a la prevención primaria, FRÉGIER se refiere a los medios a emplear para preservar a la clase pobre e ignorante de la influencia del vicio, donde propone diversas formas de mejorar la condición de los trabajadores, entre ellas el salario y el seguro para las crisis de desempleo, como también los trabajos públicos para dinamizar la economía en esos momentos y el fomento de las cajas de seguros mutuos, del papel que debería jugar el clero en la recuperación de los valores cristianos, de la educación, las salas de asilo, la enseñanza gratuita para los niños y las escuelas para adultos, el control de los menores en las fábricas, la enseñanza de las niñas, las vacaciones, la inspección, el salario de los educadores, las escuelas primarias superiores, los cursos de canto, las bibliotecas populares, las viviendas populares, el mejoramiento de las habitaciones, el fomento del matrimonio, la reforma impositiva a favor de la descarga de la clase pobre (supresión de los impuestos indirectos), culminando con una crítica a los espectáculos teatrales, especialmente a los dramas románticos, por los crímenes que representan[58]. En cuanto a las clases acomodadas, en muy pocas páginas formula algunas recomendaciones, casi todas orientadas a ocupar el tiempo en forma útil, como la creación de círculos para estudiantes, con el concurso de los alcaldes.

17. En la última parte de su obra se ocupa de las medidas para remediar la embriaguez, la pasión por el juego, la prostitución, las infracciones de los menores que conllevan una detención disciplinaria y los delitos y

[58] Ídem, pp. 181 a 415.

crímenes. Respecto de la embriaguez, propone resolver los problemas ocupando los domingos y fiestas con actividades recreativas, evitar que los niños y jóvenes se contagien el hábito, cultivar el espíritu, y rechaza las penas de detención para la embriaguez simple. En cuanto al juego, propone la supresión paulatina de las casas de juego y algunas reformas penales para su mejor represión. Respecto de la prostitución, sostiene que hay dos doctrinas contrarias: una que tiende a alejar a las prostitutas de su estado, introduciendo entre ellas hábitos de orden; la otra, que tiende a mantenerlas en el envilecimiento para inspirar horror a la prostitución entre las mujeres. Toma partido por la primera, destaca la función que pueden cumplir las damas de caridad en las prisiones que alojan prostitutas y las contribuciones que podrían realizar los médicos y comisarios de policía. Reconoce que los inspectores de policía se corrompen frecuentemente al amparo de la selectividad punitiva de las prostitutas. Dedica seguidamente tres largos capítulos a los problemas penitenciarios[59], defendiendo ardientemente el sistema celular. El análisis de estos capítulos merece un tratamiento aparte, porque es un tema incorporado de modo un tanto arbitrario, pese a que su exposición no está exenta de información ni de originalidad. El último capítulo lo dedica a los liberados, criticando el sistema de sometimiento a vigilancia policial, proponiendo su derogación y su reemplazo por el sistema de patronato.

Como conclusión de la obra, FRÉGIER formula una profesión de fe en el beneficio de las luces, del progreso moral consiguiente del ser humano, de la difusión de la ilustración y de la libertad.

18. Es incuestionable que este discurso está cargado de prejuicios, lugares comunes, moralismo bastante

[59] Idem, pp. 459 a 569.

simplista y sentimentalismo folletinesco, especialmente en la dramaticidad de las descripciones de algunos *vicios*. Si bien corrige en cierta forma a la Academia de Ciencias Morales –convocante del concurso en que la obra resulta premiada–, no lo hace para demostrar que el delito permea toda la sociedad y no sólo es producto de las clases pobres. En este sentido, por lo menos no se atreve a expresarse, sino que cuando se ocupa de las costumbres de la *porción viciosa de las clases acomodadas*, sólo se dedica a algunas personas instruidas de esta clase que rompen las reglas de la burguesía para entrar al delito o a la marginalidad, como los empleados de escribientes o copistas. No es FRÉGIER un antecedente de Sutherland. Sólo muy de paso se refiere a la corrupción de los fuertes, cuando se queja de los amantes poderosos que reclaman por las prostitutas, lo que toma como prueba de la corrupción de las clases elevadas[60]. Pareciera que se trata de una idea que el autor no se anima a expresar o que no ha reflexionado suficientemente, quizá por censura internalizada dada su función y el destinatario del escrito, pero que estalla en indignación cuando los poderosos se entrometen en el eterno negocio de la policía, como el propio FRÉGIER reconoce al admitir que hay funcionarios que cobran para no aplicar la ley a algunas prostitutas. Esta limitación autoimpuesta –quizá no sólo a la palabra sino incluso al pensamiento– adelanta otra idea diferente, que luego será explotada por el positivismo: es la afirmación de que no sólo hay peligrosos por ignorantes, sino también por inteligentes, lo que el positivismo biologizaría, patologizando la inferioridad (criminal nato) tanto como la superioridad (genio loco)[61], en una clara celebración de la

[60] Ídem, p. 117.

[61] LOMBROSO, *L'uomo di genio in rapporto alla psichiatria, alla storia ed all'estetica*, Torino, 1894; NORDAU, Max, *Degeneración*, trad. de N. Salmerón y Garcia, Madrid, 1902.

mediocridad conformista y disciplinada. En conclusión –y sea por lo que fuere–, FRÉGIER mantiene, en buena medida, el prejuicio de que la fuente de peligro de estas clases es la pobreza, aunque lo racionaliza de otro modo: en lugar de señalar la pobreza como causa del vicio, señala el vicio como causa del peligro, pero con la advertencia de que éste tiene consecuencias mucho más siniestras en las clases pobres. Conforme a este marco teórico, *la peligrosidad está reducida a las expresiones delictivas o conflictivas de las clases pobres y a las cercanas de los ricos que rompen con las reglas burguesas, quedando fuera de su horizonte las conductas criminales que son propias de las clases hegemónicas y que los pobres no pueden cometer o realizar, por carencia de medios o por entrenamiento diferencial.*

19. En cuanto al horizonte de proyección o delimitación del objeto peligroso, FRÉGIER adelanta en muchos años al positivismo. La delimitación de los peligrosos la hace en la primera parte de su obra, donde proporciona una visión de lo que muchos años después serían las exposiciones de la *mala vida* que tanto entusiasmaron a penalistas y criminólogos de hace un siglo[62]. Comparte en este aspecto el prejuicio contra la mujer; por ejemplo, no queda claro por qué afirma que las mujeres viciosas suelen ser más depravadas que los hombres (en tanto que la mitad de los hombres pobres caen en la depravación, lo hacen dos tercios de las mujeres) y es clarísima en este sentido su afirmación de que las mujeres de las clases peligrosas caen en *todas las formas de depravación: la prostituta, la galante, la cómplice de la estafa y la ladrona*[63]. Algo parecido puede decirse respecto de su

[62] Scipio SIGHELE-Alfredo NICEFORO, *La mala vita a Roma*, Torino, 1899; C. Bernaldo de QUIRÓS-J. M. LLANAS AGUILANIEDO, *La mala vida en Madrid*, 1901; Eusebio GÓMEZ, *La mala vida en Buenos Aires*, Buenos Aires, 1908.

[63] Ídem, p. 13.

ponderación casi mojigata de la niña, que sólo se prepara para esposa. En cierta forma, pareciera describir el cuadro que luego racionalizaría LOMBROSO al considerar la prostitución como el equivalente femenino de la criminalidad[64]. También en alguna frase, FRÉGIER deja caer el prejuicio antisemita, referido a los judíos que explotan a los estudiantes con su usura, pero no pasa de ser el mismo prejuicio estereotipado que dio origen al delito de abuso de menores e incapaces del Código de Napoleón[65].

20. No obstante, hay temas que serían claves para la *mala vida* positivista y que FRÉGIER dejó fuera de su tratamiento. Uno de ellos es el de la homosexualidad masculina: se refiere muy de paso a los *pederastas* cuando se ocupa de las *pierreuses* y, más adelante, casi sin nombrarlos, los ubica sólo como víctimas de extorsiones[66]. Por experiencia universal, es sabido que el discurso del autor referido a los falsos policías está ocultando a verdaderos policías extorsionadores, pero lo cierto es que no dedica al tema –ni lejanamente– la atención que el posterior discurso médico-policial le depararía. Algo en las décadas posteriores cambió la perspectiva del control social punitivo al respecto e hizo de la homosexualidad un capítulo importantísimo en la consideración de la *mala vida*, tanto que nuestro especialista folclórico, Eusebio GÓMEZ –refiriéndose a la llamada *inversión sexual*– en una rebuscada redacción en la que sin éxito intentaba imitar la complicada prosa de su prologuista, añoraba las penas de la Inquisición[67]. En efecto: si bien el po-

[64] LOMBROSO, Cesare/FERRERO, Guglielmo, *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, Torino, 1915; en análogo sentido, GÓMEZ, E., ob. cit., p. 122.

[65] Sobre ello, ZAFFARONI, E. R., *Circunvención o abuso de menores e incapaces*, Bs. As., 1996, p. 21 y ss.

[66] FRÉGIER, pp. 127 y 161.

[67] GÓMEZ, Eusebio, *La mala vida en Buenos Aires*, p. 193.

sitivismo centró buena parte de su prédica disciplinante contra los homosexuales, abriendo el camino para el genocidio nazi[68], fue casi dos décadas después de FRÉGIER cuando un médico francés pretendió convertirse en *el Lombroso de la homosexualidad masculina*, afirmando que era reconocible orgánicamente, en los pasivos por lesiones anales y en los activos por su particular conformación peneana[69].

Tampoco explota FRÉGIER el riesgo de la sífilis; no existe en su trabajo el componente higiénico que está en la base de la prevención positivista y que es manipulado para defender el reglamentarismo que consagra la marca y la esclavitud de la mujer, puesto que éste sería aportado luego por el discurso médico. Es claro que aquí, el lector acostumbrado a la literatura del positivismo criminológico, observa la falta de un componente discursivo proveniente de una corporación ajena a la del autor y en modo alguno un desconocimiento de esta enfermedad, cuya naturaleza y consecuencias eran ampliamente conocidas en la medicina de la época, que la graficaba con gravados terroríficos en los mismos textos especializados[70].

[68] Al respecto, HEGER, Heinz, *Gli uomini con il triangolo rossa*, Torino, 1991; CONSOLI, *Homocaust*, Milano, 1991; BURLEIGH, Michael-WIPPERMANN, Wolfgang, *Lo stato razziale*, Milano, 1992.

[69] Así, Ambroise TARDIEU, *Étude médico-legale sur les attentats aux moeurs*, París, 1878, pp. 234 y ss. (es la 7ª edición, la 1ª es de 1857 y la cita en trad. italiana ROSSI BARILLI, Gianni, *Il movimento gay in Italia*, Milano, 1999, p. 13. Aunque esos absurdos no fueron compartidos por muchos de sus colegas, como LEGLUDIC, H., *Notes et Observations de Médecine Légale. Attentats aux moeurs*, París, 1896, pp. 220 y ss., no dejaron de alimentar otros mitos al respecto. En general, es insólito que hayan dado por ciertas las misivas irrisorias que los homosexuales de la época les escribían, al igual que la autobiografía fabulada que publica LEGLUDIC, las cartas disparatadas que reproducía DE VEYGA o que GÓMEZ haya interpretado al pie de la letra la existencia de una cofradía.

[70] Los gravados con las lesiones sifilíticas en los libros médicos de la época son impresionantes: p. ej., *Traité complet des maladies*

21. Se trata de dos elementos discursivos extraños a FRÉGIER. No puede pensarse que la homosexualidad le fuese ajena en razón de la desincriminación del Código de Napoleón, porque precisamente los médicos forenses franceses introdujeron el tema en la *mala vida* positivista. Si bien tanto en el caso de la sífilis como en el de la homosexualidad, la ausencia del tema se explica por haber sido aportes provenientes de la corporación médica, lo cierto es que, en la segunda –pese a que FRÉGIER percibe su carácter indisciplinante y la llama *aberración incomprensible* y *vicio monstruoso*–, había una insuficiente patologización del comportamiento sexual, que se producirá sólo en años posteriores a su obra. La circunstancia de que la patologización de la homosexualidad permitirá incorporar plenamente el tema a la *mala vida* positivista y que la cuestión higiénica perfeccionará el sometimiento de las prostitutas y, por oposición, la subalternización de la mujer en general, no altera la afirmación de que FRÉGIER delimitó el horizonte de la *mala vida* positivista.

Diferente es el caso del disidente político, del llamado delincuente político o revolucionario, del insurgente, al que tampoco depara atención el autor, quien expresa que sólo se ocupa de fenómenos permanentes y no de excepciones que emergen en momentos críticos. En este aspecto, es claro que contrasta notoriamente con la preocupación del positivismo criminológico por el disidente político[71] y con las emergencias críticas a que se

vénériénnes. Clinique iconographique de l'hopital des vénériens. Recueil d'observations, suivies de considérations pratiques, sur lès maladies qui ont été traitées dans cet hopital, par le docteur Philippe Ricord, París, 1851.

[71] Por ejemplo, LOMBROSO/Laschi, *Le crime politique et les révolutions*, París, 1892; LOMBROSO, Cesare, *Gli anarchici*, Torino, 1894; GÓMEZ, Eusebio, *Delincuencia político-social*, Buenos Aires, 1933; HERRERA, Julio, *Anarquismo y defensa social. Estudio de la ley de Defensa Social N° 7029, precedido de una exposición general sobre el anarquismo, con un prólogo del Dr. Juan P. Ramos*, Buenos Aires, 1917.

refiere el autor, especialmente con toda la enorme literatura criminológica de la segunda mitad del siglo sobre la peligrosidad de las multitudes[72]. Esto es explicable, pues el libro fue escrito en 1838, o sea, que es diez años anterior a 1848 y más de tres décadas previo a la Comuna de París.

22. No obstante, la obra de FRÉGIER presenta aspectos que son dignos de ser profundizados, lo que no es posible llevar a cabo en estos estrechos límites y que, en alguna medida, explican también su relativo desconocimiento en el mundo académico posterior. Sin pretender hacer de FRÉGIER un progresista ni un revolucionario, no pueden ignorarse los elementos de socialismo utópico que aparecen mezclados en sus argumentaciones. Hay una suerte de fe en el progreso de la humanidad, especialmente en el progreso moral que aparejaría la difusión de la razón, y que le llevan a rechazar toda argumentación biológica, que ni siquiera menciona. La etiología es siempre moral y, por ende, social, no habiendo

[72] Era casi una fijación de la época positivista, caracterizada por un enorme temor a las masas: TAINE, H., *Les origines de la France contemporaine*, París, 1878; LE BON, Gustav, *Psicología del socialismo*, Madrid, 1903; del mismo, *La psicología política y la defensa social*, Madrid, 1912; *Psicologia das multidoes*, Rio de Janeiro, 1954; GAROFALO, R., *La superstizione socialista*, Torino, 1895; ROSSI, Pascual, *Los sugestionadores y la muchedumbre*, Barcelona, 1906; sobre toda esta patologización de las multitudes, van GINNEKEN, Jaap, *Folla, psicologia e politica*, Roma, 1991; constituyen una excepción a la época y comienzan a aproximarse al interaccionismo simbólico, los trabajos de TARDE, Gabriel, *Études de Psychologie Sociale*, París, 1898; del mismo, *Les lois de l'imitation. Étude sociologique*, París, 1900; en Latinoamérica hubo una considerable producción en sentido parecido al predominante en el positivismo europeo: RAMOS MEJÍA, José María, *Las multitudes argentinas*, Buenos Aires, 1912; más marcadamente racistas, GUERRERO, Julio, *La génesis del crimen en México*, París, 1901; BULNES, Francisco, *El provenir de las naciones latinoamericanas*, México, s.d.; NINA RODRIGUES, Raimundo, *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, Salvador, 1894.

en todo el documento trazo alguno de inferioridad biológica. Cuando FRÉGIER observa que un alto porcentaje de mujeres emparentadas están inscriptas como prostitutas, lo toma como prueba de corrupción de ciertas familias y del *contagio moral* de la prostitución en las clases pobres[73], pero en modo alguno vincula este *contagio moral* con fenómenos biológicos, como luego haría el positivismo, explotando e incluso inventando familias criminales[74].

Es interesante y tiene especial vigencia en nuestros días la forma en que FRÉGIER distingue su fe en el progreso moral de la confusión entre moral y derecho, que considera propia de los norteamericanos. Con toda claridad explica que los grupos puritanos que fundaron los Estados Unidos llevaron esa confusión que rechaza, destacando en varias oportunidades el principio de ofensividad y admitiendo que el Estado intervenga en el progreso moral, pero no pretendiendo criminalizar el vicio. De allí que *su programa de prevención primaria consista prácticamente en el establecimiento de un Estado social de derecho.* El apéndice documental del libro contiene la ley prusiana que prohíbe el trabajo de los niños, manifestación temprana del intervencionismo social prusiano. En cierta medida, sus propuestas son dignas del *welfare state*, incluyendo medidas económicas que hoy podrían calificarse como desarrollistas y keynesianas, como el emprendimiento de obras públicas para los tiempos de crisis recesivas. En modo alguno propone la institucionalización indiscriminada ni afirma la necesidad de mejorar la raza u otras insensateces similares, que serían producto puro del aporte médico al positivismo.

[73] FRÉGIER, p. 114.

[74] Sobre ello, CHOROVER, Stephan L., *Del Génesis al genocidio. La sociobiología en cuestión*, Madrid, 1985, pp. 70 y ss.; entre nosotros, las conclusiones biologistas de E. GÓMEZ frente a familias de prostitutas, en ob. cit., p. 129.

23. Es obvio que el discurso de FRÉGIER no era funcional para la sacralización de una sociedad estratificada. Malgrado los prejuicios y la moralina discursiva y folletinesca, un discurso que propone el progreso social como medio de superar el peligro de sus clases más subalternas no es funcional para quienes pretenden desentenderse de ese peligro y atribuirlo a causas ajenas a la pobreza, miseria e ignorancia. Esto sólo se lograría con la patologización y biologización de la inferioridad de esas clases y no con la mera consideración de una inferioridad moral, como pretendía FRÉGIER. Si la inferioridad moral era común a todas las clases y sólo se manifestaba peligrosamente en las más pobres, la lógica indicaba que la solución debía hallarse en ayudar a ésta a superar su pobreza, tal era el razonamiento de este autor. Pero si la inferioridad moral era producto de inferioridad (patología) biológica, o si los inferiores biológicos se sedimentaban hasta caer en las clases más pobres y depravadas, muy poco se podía conseguir con ayudar a los pobres. Fue necesaria la irrupción de SPENCER[75] para racionalizar que justamente debía hacerse todo lo contrario, por el propio bien de los pobres: dejarles que se debatan en su pobreza, para que sólo sobrevivan los mejor dotados y mejorar la raza mediante este sustituto de la selección natural. Estas racionalizaciones genocidas no se habían escrito en tiempos de FRÉGIER.

Si éste fue el discurso policial más importante anterior al positivismo, queda clara su disfuncionalidad para los objetivos requeridos por el poder disciplinante de la burguesía asentada en su nueva hegemonía. Tampo-

[75] SPENCER, Herbert, *Principes de sociologie*, París, 1883; del mismo, *El universo social. Sociología general y descriptiva*, adaptación española de Salvador Sampere y Miquel, Barcelona, 1883; *El progreso*, Valencia, s.f.; *La justicia*, Madrid, s.f.; *Ética de las prisiones*, Madrid, s.f.; *Exceso de legislación*, s/l./f.

co servía para legitimar la intervención ilimitada de la nueva corporación poderosa –la policía– en todos los ámbitos privados, que sólo conseguiría con el discurso de patologización de todos los *vicios*. El colmo del prepositivismo criminológico peligrosista es que sólo fue capaz de producir un discurso iluminado y con elementos de socialismo utópico y, además, limitador de la interferencia del Estado mediante el reclamo del principio de lesividad. El análisis del trabajo de FRÉGIER *a*) ratifica la afirmación de que la corporación policial tenía poder, pero carecía de discurso, al menos funcional; *b*) al mismo tiempo, explica el cuidadoso silencio sobre el discurso de FRÉGIER, por la notoria disfuncionalidad del único instrumento de cierto volumen que había surgido de un autor perteneciente a las filas policiales; *c*) y pone de relieve la enorme importancia del aporte discursivo de la corporación médica en el control social posterior, pues está clarísima la extrema pobreza e incapacidad legitimante del discurso salido de las filas de la corporación policial.

24. Estoy seguro de que si expusiese esto en una conversación con RIVACOBA, éste concluiría que, en definitiva, la policía no había sido tan mala, porque rescataría los elementos iluministas del discurso de FRÉGIER. Y tendría razón: con frecuencia el discurso policial puro –rara vez expuesto– es ingenuo y está nutrido de experiencias de sentido común dictadas por contacto inmediato con los conflictos. El discurso racista, si bien fue asumido por las agencias policiales, es un producto de gabinete, ofrecido por otra corporación, con el que aquéllas no tuvieron más remedio que aliarse ante la total orfandad de discursos que le permitiesen un ejercicio casi ilimitado del poder punitivo. El discurso del positivismo criminológico no fue *policial* por haber sido producido *por la policía*, sino que lo fue en razón de haber sido armado *para la policía* por la corporación médica,

en el marco del racismo spenceriano, para convertir a aquélla en su aliada y garantizar su lealtad, pues le resultaba indispensable para anular la garantía liberal que FRÉGIER justamente recalcaba: el principio de ofensividad y la consiguiente separación de moral y derecho, pecado y delito, como triunfo del Estado de derecho y fundamento de la modernidad. Esta nueva comprobación produciría en RIVACOBA una acentuación del típico gesto desdeñoso que sus interlocutores le conocíamos al mencionarle insensateces autoritarias.

POLÍTICA Y DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL*

POLÍTICA Y NO "POLÍTICA CRIMINAL" O MERAMENTE "PENAL"

Partiendo de la asignación arbitraria de cierta función positiva a la pena (siempre *preventiva* o difusamente *retributiva*), es corriente afirmar que el legislador distribuye su conminación según opciones *político criminales*, *tutelando* bienes jurídicos o *reforzando* algo (la ética social, el sistema). No obstante, esto se hace: *a*) sin verificar la función preventiva de la pena (sin constatar si en la realidad el poder punitivo produce los efectos que se pretende que el legislador buscó) y *b*) como el legislador histórico es inencontrable (otras veces sus argumentos son insostenibles por el paso del tiempo, por su oportunismo o por sus contradicciones), se apela a un legislador imaginario. De este modo, con un método deductivo puro, a partir de una ley (un texto escrito) se imagina una voluntad, unos efectos y un sujeto que configuran una *política penal* (o *criminal*) que es pro-

* Sin duda fue la Profesora Adela RETA una de las personalidades más inteligentes y a la vez simpáticas del derecho penal latinoamericano. Una mujer de entrañable bondad y firmes convicciones liberales, que combinó su labor académica con funciones de responsabilidad política, creemos que merece como respetuoso homenaje a su querida memoria un trabajo que intente enlazar el saber jurídico penal con el más amplio campo de la política.

El presente texto (2002) es producto de una reordenación de los temas tratados en el curso impartido en noviembre de 2001 en el Master Internacional en "Derecho Penal, Constitución y Derechos", de la Universidad Autónoma Metropolitana, Azcapotzalco, México D.F.

ducto de deducciones e imaginación técnica y que opera en un mundo real que no se pregunta cómo funciona. Desde este ámbito tan limitado y con elementos no verificados en la realidad social (o que confesamente provienen de un ámbito imaginario) y que omiten todo contexto de poder político, económico, social y marco cultural, es poco menos que imposible vincular la construcción jurídico-penal con la política. Más aún: importa desviar la atención de los verdaderos vínculos entre ambos términos.

La falsa proposición de que la conminación penal *tutela* (o *refuerza* o *reafirma*) algo y que esta función es más fuerte cuanto mayor es la reacción punitiva conminada, es una deducción fundada sobre la premisa no demostrada de que la pena cumple alguna función preventiva en la realidad social. Del *debe cumplirla* se pasa sin más a afirmar que *la cumple* y se da esto por no necesitado de ulterior verificación. Toda consecuencia política basada en tan endebles puntos de partida, carecerá de brújula en cuanto a sus reales efectos sociales.

EL MÉTODO JURÍDICO-PENAL EN RIESGO DE COLAPSO

La desvinculación entre el discurso jurídico-penal y la política pone en serio peligro a la dogmática jurídico-penal como método, con consecuencias imprevisibles y siempre negativas:

a) Como el discurso teórico no toma en cuenta sus efectos sociales reales (y pueden construirse tantos discursos como sociedades, legisladores e intérpretes se alucinen), el método jurídico, en lugar de hacer previsibles las decisiones judiciales, proporciona un inagotable caudal de desconcertantes posibilidades y permite la racionalización de cualquier decisión, mediante el uso antojadizo de discursos diferentes, abriendo el camino a la arbitrariedad judicial.

b) La discusión jurídico-penal por momentos parece caer en autismo. Cuando se simplifica y se vacía de sentido político la discusión teórica, pareciera que los principales debates de la dogmática jurídico-penal del siglo XX se limitaron a discutir en los primeros años si la culpabilidad es una relación psicológica o un juicio de reproche; a mediados del siglo, si el dolo está en el tipo, en la culpabilidad o en ambos lugares; y a fines de éste si el criterio de imputación objetiva debe ser el aumento del riesgo o la defraudación de *roles*. El simplismo de este reduccionismo se halla muy cerca del ridículo que, como es sabido, es el medio más insidioso para desacreditar el saber jurídico, o sea, la inmensa tarea de elaboración dogmática llevada a cabo en los últimos cien años y que de ningún modo puede desperdiciar quien pretenda reducir racionalmente el ejercicio del poder punitivo.

c) La verificación de lo anterior debilita la vigencia del propio método, con el riesgo de que se apele a su desprecio y consiguiente caída en cualquier irracionalidad (puro discurso político sin mediación técnica; lo que llamaremos *alienación técnica* del discurso).

d) En cualquier momento es peligroso el naufragio del método jurídico-penal, pero mucho más cuando es notorio que la *Kielerschule* fue sólo un episodio anecdótico en el curso de un simplismo penal *völkisch* permanente, que sólo espera las oportunidades que le ofrece el debilitamiento de la racionalidad contentora del Estado de derecho, harto frecuente en tiempos de globalización.

LA NATURALEZA POLÍTICA DEL DISCURSO JURÍDICO-PENAL

La relación entre la dogmática jurídico-penal y la política está opacada porque es demasiado estrecha, dado que *un discurso jurídico-penal bien estructurado no es otra cosa que un programa político elaborado con preci-*

sión pocas veces vista. El poder judicial es un poder (hace parte) del gobierno. Cada decisión judicial (y no sólo de materia constitucional) es un acto de gobierno de características particulares, pero que no por ello desdibujan su naturaleza. *Un discurso jurídico-penal es una elaboración intelectual que se le ofrece al poder judicial como proyecto de jurisprudencia coherente y no contradictoria, adecuado a las leyes vigentes* (a las constitucionales e internacionales en primer lugar). *Es en sí mismo una propuesta o programa político.*

Se opaca la naturaleza política de los discursos jurídico-penales *a*) ante todo, porque estamos demasiado inmersos en la elaboración de las consecuencias de las opciones políticas básicas en que se asientan (los árboles nos dificultan la visión del bosque), pero también *b*) porque no suelen ofrecerse directamente a los jueces, pues –ante todo– son un producto académico destinado al entrenamiento de los juristas, por lo cual, a veces sólo mediatamente y al cabo de una generación penetran la jurisprudencia, lo que casi nunca logran de modo completo, pues en la jurisprudencia sobreviven discursos anteriores. Puede decirse que llegó a ser dominante en la jurisprudencia alemana el discurso del neokantismo, pero el finalismo no alcanzó esa vigencia y hoy domina un pragmatismo clasificador, sin que tengan mayor incidencia las construcciones sistémicas. En Latinoamérica existe una permeabilidad más ágil, debido a la frecuencia del doble *rol* judicial y académico. Por último, los discursos jurídico-penales *c*) son textos escritos que configuran una *literatura* especializada, que como toda literatura, se dirige a un público al que trata de complacer, pero que en este caso se compone fundamentalmente de académicos, entre los cuales domina la preferencia por los aspectos técnicos. En la literatura general constituye un vicio escribir para los críticos, pero en la jurídico-penal está impuesto por la naturaleza de las cosas.

LA ENAJENACIÓN POLÍTICA DEL TEÓRICO

Pese a estas dificultades, a poco que se medite, se cae en la cuenta de que *todo concepto jurídico-penal es un concepto político.* Y también es *técnico,* sin duda, porque es inevitable que todo ámbito político tenga su técnica (*toda política es una tecnopolítica*). De allí que cuando se pretende eliminar el método jurídico para caer en el puro discurso político, el producto sea un discurso clientelista de oportunidad sin contenido racional (o con racionalidad propia, que es la del Estado de policía, o sea la funcionalidad para quien manda). No importa si la naturaleza política del discurso jurídico-penal se ha tenido en cuenta al elaborarlo, porque siempre será lo que es, aunque quien lo elabore lo ignore. Pueden elaborarse conceptos y aun enteros sistemas jurídico-penales ignorando su esencia política y sus consecuencias reales: esto dependerá de la mayor o menor *enajenación o alienación política* del teórico.

La *enajenación política* es de abordaje difícil, en razón de lecturas *intencionalistas* y de su simétrico rechazo. *a*) El *intencionalismo* pretende que cada discurso se elabora a la medida de una intención política coherente y así se desarrolla hasta sus mínimos detalles, con total consciencia por parte del teórico. *b*) En el otro extremo (y muchas veces mediando razones afectivas) se rechaza el análisis político, en razón de que con frecuencia no es posible identificar la ideología política del autor con la que plasma en su discurso jurídico-penal.

Ninguna de ambas posiciones es correcta, pues el *intencionalismo* pretende ver una coherencia ideológica que casi nunca existe, y su atractivo deriva sólo del que produce cualquier versión un tanto paranoica, siempre más imaginativa que la rastrera realidad. Pero si bien es cierto que la enajenación política suele provocar incoherencia manifiesta entre la ideología política y la discur-

siva penal de los autores en particular, esto no es argumento que neutralice el análisis político de su discurso jurídico, que siempre –y aunque el autor lo haya ignorado por completo– será un discurso político. Menos aún puede negarse esta dimensión de poder del discurso jurídico-penal sobre la base de la integridad moral de su autor, negando que éste haya operado como instrumento de poderes concretos. No hay razón para formular juicios éticos personales en muchos casos; en otros pudo haber sintonía con algunos poderes concretos, pero no por ello se puede deducir una instrumentación intencional. Los pocos casos de verdadera instrumentación intencionalista no llegaron al nivel de discurso jurídico-penal serio: no puede decirse que lo hayan tenido los mediocres panfletos de la escuela de Kiel ni los balbuceos de penalismo de seguridad nacional rioplatense.

Puede afirmarse que todos padecemos cierto grado de enajenación política, producto de nuestro entrenamiento, que limita nuestras posibilidades de conocimiento. Notamos las alienaciones políticas ajenas y especialmente de tiempos lejanos, pero vendrán quienes se ocuparán de las nuestras.

LA ENAJENACIÓN TÉCNICA DEL POLÍTICO

Como fenómeno simétrico de desintegración discursiva puede señalarse la *enajenación técnica* del político, que no se produce cuando el político elabora un discurso al que aún le falta su articulación técnica (lo que no es más que defecto pasajero, el momento de un curso), sino cuando el político elabora un *discurso que abjura de la técnica* (un defecto irremediable). La comunicación masiva favorece el desarrollo de estos discursos, que asumen la forma *völkisch* y redundan en banalidades y falsedades clientelistas, refuerzan los prejuicios e identifican chivos expiatorios débiles.

Las más peligrosas combinaciones tienen lugar entre fenómenos de *enajenación política* de teóricos con otros de *enajenación técnica* de políticos, pues generan un vacío que permite dar forma técnica a cualquier discurso político. Por lo general, la corporación jurídica suele caer en la enajenación política cuando arrecian los discursos *völkisch*, pues estos siempre son violentos, arrolladores, injuriosos e imponen miedo, a los cuales son vulnerables no sólo los políticos profesionales, tampoco son inmunes partes considerables de los propios estamentos judiciales y académicos; suele decirse que el *positivismo legal* es, en esos casos, una defensa contra el avance de ese discurso (en rigor no es positivismo legal propiamente dicho, sino formulación de una teorización políticamente enajenada). El llamado *método técnico jurídico* en tiempos del fascismo italiano y ciertos desarrollos del neokantismo en los del nazismo, son ejemplares. En ellos pretendieron atrincherarse quienes sostuvieron, luego, que buscaban poner límites, frente a otros que se integraban con singular entusiasmo al discurso *völkisch*.

LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

Suele afirmarse que la dogmática jurídico-penal como método apareció en el siglo XIX, en el derecho privado, por obra de Rudolf von JHERING, lo que es sólo parcialmente cierto, pues con el insigne romanista adquirió expresión formal el método y se perfeccionó su aplicación, pero es incuestionable que el análisis y la reconstrucción de textos nació en la Edad Media, dado que no otra cosa habían hecho los glosadores y posglosadores y, más técnicamente aún, los prácticos. Es posible que hasta von JHERING se hiciese prosa sin saberlo, y porque no se sabía, se la hacía con escasa precisión, pero, de todos modos, se hacía prosa. En realidad, el método ju-

rídico de análisis y reconstrucción nació en las universidades *de los estudios*, especialmente en el norte italiano, muchos siglos antes de que von JHERING fijase sus reglas dándole forma expresa y abriendo la posibilidad de un mayor rigorismo constructivo.

Los prácticos elaboraron un discurso jurídico-penal dogmático, en que se construía una rudimentaria teoría del delito. Afectados por considerable grado de enajenación política, algunos (especialmente los tardíos) construyeron discursos jurídico-penales técnicos, pero políticamente aberrantes, lo que motivó que CARRARA calificara su saber como *schifosa scienza*. Contemporáneos de estos prácticos tardíos fueron los primeros discursos iluministas y liberales (cuyo modelo por excelencia fue la obra de BECCARIA), pero que eran puramente políticos. BECCARIA no ofrecía a los jueces ningún sistema, sino que criticaba desde una perspectiva iluminista el sistema penal de su tiempo. Si este pensamiento se hubiese limitado a producir tales discursos (si el curso ideológico se hubiese interrumpido), no habría modificado en nada las decisiones judiciales, es decir, la práctica del derecho. Pero los iluministas y liberales originarios no padecían de enajenación técnica, porque no abjuraban de ésta, sino que aún no la integraban. Fue su siguiente generación (PAGANO, CARMIGNANI, FEUERBACH) la que integró en el discurso jurídico-penal la técnica de los prácticos con las ideas del racionalismo liberal. Para ello tuvieron que apelar al derecho natural contractualista (FEUERBACH sostenía que la filosofía era fuente del derecho penal; CARRARA afirmaba que su sistema lo deducía de la razón), porque carecían de constituciones o normas de jerarquía superior a la ley penal ordinaria, en las cuales basar sobre ideas liberales su construcción técnica. Los sistemas que elaboraron los liberales eran *iusnaturalistas* porque no podían ser otra cosa: sólo la apelación a la razón por vía de la filosofía le permitió a

FEUERBACH ensayar una reinterpretación jurídica nada menos que de la *Constitutio Criminalis Carolina.*

LOS JUECES EN EUROPA Y EN AMÉRICA

Si la dogmática jurídico-penal es un método y sus discursos son en verdad discursos políticos (planificación de una política o de decisiones políticas), no puede pasarse por alto la estructura, naturaleza y poderes de las agencias a las que están dirigidos esos proyectos (en forma directa o bien mediata, por el entrenamiento académico de sus operadores) y, por consiguiente, a la función que tienen asignada dentro de determinado contexto de poder. Así como no parece razonable ofrecer a un gobierno un proyecto elaborado para un Estado que dispone de recursos financieros muy superiores (ni tampoco lo contrario), no parece políticamente correcto que quiera ofrecerse el mismo proyecto de jurisprudencia a operadores judiciales que forman parte y son adiestrados en estructuras de poder por completo diferentes y, por ende, con perfiles de jueces y funciones también distintos. Esto fue, por lo general, ignorado en Latinoamérica donde, ante la ausencia de teorizaciones propias con alto nivel de elaboración, nos hemos introducido en la técnica jurídica con modelos muy elaborados, pero destinados a judiciales europeos continentales.

Las estructuras de los judiciales europeos continentales derivan todas del modelo napoleónico, en tanto que las americanas (por lo menos hasta décadas recientes) se nutren del modelo originario de los Estados Unidos, más o menos deteriorado por los accidentes políticos latinoamericanos. En tanto que el modelo europeo continental es piramidal y jerarquizado, organizado en forma de burocracia con carreras fuertes (reproducción burocrática del modelo militar), comandado por un tribunal de casa-

ción que no tiene poderes de control constitucional (y menos aún sus jueces subordinados), el judicial americano es de nominación partidista; con control difuso de constitucionalidad de las leyes y está comandado por un tribunal político que decide de estas cuestiones en última instancia. El modelo europeo continental deriva de la casación (originariamente un tribunal del poder legislativo) que casa (rompe) las sentencias que se apartan de la ley; el modelo americano deriva de la acción de inconstitucionalidad que invalida las leyes que se apartan de la ley de superior jerarquía. En tanto que originariamente *los europeos continentales hacían que los legisladores controlasen a los jueces*, en *el modelo americano son los jueces los que controlan a los legisladores*. Esta situación se altera en Europa continental sólo en la última posguerra, con la consolidación de la justicia constitucional o política en varias constituciones (sistema de control centralizado –modelo austríaco– a través de tribunales constitucionales) y con el sistema europeo de derechos humanos. Se ha dicho que, en realidad, Europa conocía el derecho administrativo pero no el derecho constitucional, hasta la última posguerra (las tentativas de control constitucional de entreguerras naufragaron en pocos años junto a los gobiernos que las llevaron a cabo: Austria, Alemania, Checoslovaquia y España).

Es claro que no es lo mismo un discurso jurídico-penal a la medida de una burocracia cuyo mandato es cumplir al pie de la letra la voluntad legislada del poder político constituido, y el que demanda un judicial incumbido de hacer respetar la ley suprema por sobre la voluntad coyuntural de este poder. El acatamiento de estas voluntades mayoritarias resulta incompatible con la función del judicial conforme al modelo americano, y los proyectos de jurisprudencia que imponen esa actitud incitan a los judiciales de modelo americano a apartarse de su función constitucional.

LOS MODELOS TEÓRICOS IMPORTADOS EN EL SIGLO XX

A la hora de construir el discurso jurídico-penal en nuestra región, *a*) desde fines del siglo XIX se echó mano del positivismo criminológico italiano, como correspondía a las filiaciones ideológicas de las repúblicas oligárquicas del momento, pero cuando éstas entraron en crisis (a partir de la Revolución Mexicana), se dirigió la vista a Alemania, trayendo *b*) el modelo del positivismo alemán (Franz von LISZT), pronto seguido por *c*) el neokantiano (Edmund MEZGER), sucedido por *d*) el ontologismo finalista (Hans WELZEL), culminando en la última década del siglo con las construcciones inspiradas en la *e*) sociología funcionalista norteamericana (Claus ROXIN) y *f*) alemana (Günther JAKOBS).

Cada uno de estos modelos responde originariamente a cierto momento de poder político y a un contexto económico, social y cultural del cual, por regla general, se hizo caso omiso al transportarlo. La omisión de esta perspectiva deterioró la trascendencia del debate dogmático, pues en nuestra región éste casi se redujo a los aspectos técnicos de los discursos, banalizando la verdadera dimensión de las diferentes posiciones, cuya clave se halla en su aspecto político. La importación de modelos fue considerada *técnica*, o sea, prescindiendo o minimizando su dimensión política. De este modo, *la dogmática jurídico-penal latinoamericana del siglo XX presentó caracteres de severa enajenación política*, no sólo en razón de la *alienación política originaria* que acarreaba cada modelo (en mayor o menor medida, según los casos), sino también porque fueron *importados con notoria privación o recorte de la dimensión política originaria* y, además, porque hubo una completa *enajenación frente a la dimensión política local o regional.*

a) Por cierto que algunos de los modelos importados (especialmente el neokantiano) desde su origen mismo

alimentaban metodológicamente la alienación política, en razón de sus incuestionables puntos de partida deductivos e idealistas, pero a esta *alienación política originaria* se sumaron datos vernáculos ajenos al modelo mismo en versión alemana.

b) En principio, la importación del modelo como *meramente técnico*, acentuó la alienación política originaria, reduciendo a veces la especulación teórica a algo parecido a un juego de ajedrez jurídico, incomprensible para los no iniciados e inexplicable para muchos de los propios iniciados. Fue una *importación con notoria privación de dimensión política.*

c) A la alienación política originaria y a su privación por importación meramente técnica se sumó la completa *enajenación frente a la política local y regional*, porque α) no se los vinculó ni especuló sobre sus consecuencias respecto de un poder judicial con diferente estructura y funciones y de un sistema penal que opera de modo muy distinto al del país de origen del modelo, sino que β) tampoco se tuvieron en cuenta los efectos de la jurisprudencia proyectada en esos modelos, respecto de la operatividad del poder punitivo en el contexto político, económico, social y cultural local (todo ello sin contar con los accidentes políticos y los frecuentes naufragios de los Estados de derecho).

Cada uno de los modelos importados merece una evaluación desde el plano político, teniendo en cuenta estas carencias. Con la perspectiva de un siglo creemos que es posible demostrar que:

a) el camino correcto no es la importación de programas políticos degradándolos a modelos meramente técnicos,

b) que sus diferencias fundamentales no estriban en las consecuencias metodológicas técnicas, sino en sus puntos de partida políticos, y

c) que es indispensable considerar el marco local pa-

ra prever los resultados de la aplicación de cualquier programa político (proyecto de jurisprudencia) en la realidad social y conforme a los fines establecidos en la Constitución y en el derecho internacional de los derechos humanos.

Si bien existen principios metodológicos de validez universal (al igual que reglas de lógica jurídica o de lógica a secas), es elemental considerar que en todo programa político el método siempre está al servicio de objetivos políticos; por ende, la técnica sirve para concretar, expresar y viabilizar una política, pero no para sustituirla.

EL MODELO FERRIANO PROVENIENTE DEL SIGLO XIX

El modelo que dominaba la doctrina de comienzos del siglo XX y que perduró varias décadas era el derivado del positivismo ferriano. La culpabilidad había sido reemplazada por el peligrosidad y el modelo era hijo de una alianza discursiva entre policías y médicos europeos, que se habían impuesto a la hegemonía de las corporaciones de filósofos y juristas liberales y habían desplazado el discurso *iusnaturalista* de éstos (conforme al contractualismo, reconocían derechos previos al contrato y, por ende, intocables para el Estado). El positivismo ferriano se asienta sobre una concepción antropológica groseramente materialista monista, un determinismo derivado de la física mecanicista newtoniana y una biología evolucionista racista que aceptaba el dogma de la transmisión de caracteres adquiridos. Fue la ideología a la medida del control social policial del disciplinamiento de la masa obrera por parte de la burguesía europea asentada en el poder hegemónico, una vez desplazada definitivamente la nobleza. Se basaba en un *iusnaturalismo* racista biologista y la superioridad de los controladores derivaba, justamente, de su superioridad (sa-

lud) biológica, frente a los controlados, que eran inferiores (defectuosos, enfermos o no evolucionados). El comodín de la peligrosidad y la necesidad de neutralizarla para defender la sociedad, servía para resolver todas las preguntas del sistema, siempre a favor de un mayor ámbito de poder punitivo para el Estado.

Obreros indisciplinados y el ejército de reserva desocupado aún más indisciplinado, disidentes políticos (especialmente anarquistas y sindicalistas) y todo el que desentonaba con el orden de las nuevas urbes (vagos, ebrios, curanderos, homosexuales, prostitutas, proxenetas; la *mala vida* del *estado peligroso sin delito*) o no se comprendía bien qué hacía o pensaba hacer (*bohemios* y genios *locos* o *degenerados*), era peligroso social al que era menester neutralizar con el poder punitivo configurado sólo por *medidas*. La policía tomaba cuenta del discurso jurídico-penal: todo lo que parecía conspirar contra el orden, la homogeneidad y la estética urbana, era peligroso para la ciudad y, por ende, digno de ser neutralizado. El juez no era más que un supervisor de la función policial, aunque también él asumía función policial, y la propuesta de los teóricos a la jurisprudencia era la asunción lisa y llana de este papel: ante cualquier duda, debían inclinarse por la seguridad y optar por neutralizar el peligro, en una completa inversión de todos los principios liberales.

Las elites de las repúblicas oligárquicas de toda Latinoamérica habían acogido con entusiasmo la filosofía del positivismo para legitimar su usurpación de la soberanía popular, por lo que no es de extrañar que en las últimas décadas del siglo XIX y primeras del XX, recibieran con parejos aplausos la llegada de su versión penal. Negros y mulatos, indios y mestizos, inmigrantes europeos poco disciplinados y la *mala vida* urbana, todos eran peligrosos y la jurisprudencia abría el espacio para su control policial.

En rigor, el plan del positivismo ferriano en la región fue el más coherente de la historia, coincidiendo en plenitud con el momento político de las repúblicas oligárquicas y con la legitimación de sus sectores hegemónicos. Los restantes programas políticos ofrecidos a los poderes judiciales de la región encerraron algunas contradicciones con la hegemonía social de turno, pero el ferriano no tuvo resquicio a este respecto.

EL POSITIVISMO ALEMÁN DE FRANZ VON LISZT

La dogmática jurídico-penal moderna llegó a la región con el esquema de Franz von LISZT. El pensamiento ferriano, como puramente médico policial, era muy pobre y no permitía construir un saber más delicado para decidir judicialmente. No pasaba de una construcción bastante grosera. El positivismo alcanzó un nivel de elaboración jurídica mucho más profundo por obra de LISZT, en razón de que éste lo matizó con elementos provenientes de otras posiciones, si bien poco compatibles con aquél.

Dentro de este esquema, no se altera mucho la base newtoniana y biologista, puesto que para nada se abjura del determinismo mecanicista, sólo que se adopta una versión dualista de él, con una causalidad física paralela a otra psíquica. Merced a este desmembramiento de las causalidades, fue posible introducir en el esquema del delito la distinción entre ilícito y culpabilidad de JHERING, llamando ilícito a la causación física del resultado y culpabilidad a su causación psíquica, consistente en una relación psicológica entre voluntad y resultado. La pena conservaba funciones preventivo especiales, por lo cual poco se diferenciaba de las medidas de seguridad, y la culpabilidad sólo se habilitaba para imputables, entendiendo por tales a los que son capaces de

motivarse normalmente, concepto este último de clara procedencia idealista, que LISZT tomó prestado. En rigor, sin ese componente en préstamo, el esquema de LISZT coherentemente considerado debía concluir en que los inimputables podían ser autores de delitos, limitándose la imputabilidad a una cuestión para averiguar fuera del delito, en el nivel de la punibilidad (lo que postuló su discípulo LILIENTHAL).

La construcción de von LISZT fue ofrecida al Poder Judicial del Imperio Guillermino y representa una clara ventaja sobre las ideas ferrianas. LISZT se percató de que era necesario poner un límite al pensamiento policial en derecho penal, lo que consigue al intuir que la política criminal (poder punitivo) y el derecho penal se hallan enfrentados. Si por política criminal se entiende la acción represiva del Estado, es claro que el derecho penal es el que debe acotarla, y esto lo percibió claramente. Para ello, mantuvo el esquema policial, pero tratando de dotarlo de cierta racionalidad mediante el requisito de la antijuridicidad material y formal, la introducción del concepto de bien jurídico como criterio teleológico de interpretación de los tipos penales y la exclusión de los incapaces mediante un particular concepto de imputabilidad.

Ante el extremo y complejo normativismo de BINDING, von LISZT trató de poner alguna cuota de realidad en un esquema bastante simplista, que los jueces podían manejar con soltura, de fácil comprensión y de suficiente claridad como para ser explicable en lo académico, en el entrenamiento de los operadores jurídicos. Sin duda que el momento de Karl BINDING y el de la teoría de los imperativos (base de lo que algunos llaman la *escuela clásica* alemana) fue el de la construcción del Imperio Guillermino por obra de Otto von BISMARCK: un normativismo verticalizante, sin plantearse la posibilidad de una ley injusta, inconcebible en un Estado que encarnaba la racionalidad, es el discurso de la etapa de con-

solidación del Estado nacional alemán. El momento político de LISZT (que podría considerarse el *positivismo* alemán) fue otro: el que corre desde el ocaso del Príncipe BISMARCK hasta la Primera Guerra Mundial (1914-1918). Era el primer ensayo mundial de Estado providente, para cuya consolidación no podía prescindirse de la represión policial, pero no podía tampoco dejársela operar sin límite alguno, en forma que ésta destruyese lo que el propio Estado estaba construyendo. La ambivalencia de ciertos conceptos y criterios políticos de esta versión del positivismo responde a esa dualidad exigida por el objetivo político del momento: construcción de burocracias fuertes, incluyendo la judicial y la policial; construcción del Estado de bienestar en base a la eficacia de estas burocracias, pero evitando que ésta resulte disfuncional, especialmente en sus aspectos represivos.

EL NEOKANTISMO PENAL DE EDMUND MEZGER

El modelo de LISZT se hizo insostenible después de la Gran Guerra, no sólo porque sus fundamentos científicos eran falsos (los siguió sosteniendo en parte el nazismo, pese a su demostrada falsedad) sino porque incluso se volvía disfuncional. Frente a la caída del Imperio, el judicial imperial se conservó como una burocracia intacta, en vigencia de la Constitución de Weimar y, para ello, nada mejor que mostrar su *tecnicismo* con un fino esquema clasificador de análisis y decisión de casos, delicadamente elaborado, montado sobre una teoría del conocimiento idealista que lo preservaba de todo contacto con datos del saber empírico (de la realidad social). La típica clasificación neokantiana de las ciencias en naturales y culturales permitió que el saber jurídico-penal se definiese como puramente normativo y deductivo y, al mismo tiempo, asumiendo la función de demarcar

los límites epistemológicos de la criminología, dejó a ésta en posición subordinada como indagación etiológica falsa, al privarla de toda pregunta relacionada con la real operatividad del poder punitivo.

La peligrosidad ya no era el criterio para determinar la magnitud de las penas, pues se la reemplazaba por un concepto espiritualizado de culpabilidad que, tergiversando la ética aristotélica, encomendaba a los jueces un juicio de valor sobre toda la elección existencial de los ciudadanos. Tal es la esencia de la *culpabilidad de autor* en sus diferentes versiones y, más aún, en sus pretendidas *combinaciones* con la culpabilidad de acto. Se lograba de este modo un concepto de culpabilidad normativa que sustituía cómodamente la peligrosidad y cumplía la misma función represiva policial, aunque ya sin ninguna pretensión empírica. El dolo mismo era un concepto normativo que, cuando no tenía suficiente realidad psicológica, era reemplazado por la *enemistad* o la *ceguera* al derecho.

Este esquema era la justificación de una aparente asepsia ideológica de las decisiones judiciales, que no podían permitirse el lujo de contaminarse con ningún dato de realidad que resultase disfuncional al poder represivo, aunque arbitrariamente se incluyesen los que eran funcionales a él. Todo el neokantismo (y sus actualizaciones) opera con una selección arbitraria de datos de realidad: toma de ella lo que le conviene y rechaza lo que no le conviene, de modo que inventa una sociedad y una función *preventiva general* de la pena, matizada con apelaciones al kantismo injertadas de modo no muy claro en una pretendida función *retributiva.*

Este modelo permitió a una burocracia judicial proveniente del imperio pasar por la República de Weimar, contribuir a quebrar su legalidad con su benignidad hacia los delitos del nazismo en ascenso y continuar legitimando los crímenes del régimen sin grandes cambios.

Contra lo que usualmente se afirma, el derecho penal neokantiano fue el verdadero saber penal del nazismo. No es verdad que éste haya sido el de la *Kielerschule*, pues los de Kiel fueron políticos u oportunistas políticos, que escribieron algunos trabajos de muy poco o ningún valor teórico, pero que no servían en absoluto para que los jueces decidiesen. El derecho penal vigente bajo el nazismo, el vivido por las decisiones judiciales, en general siguió los métodos del neokantismo. La jurisprudencia se orientó mucho más por Edmund MEZGER que por Georg DAHM o Friedrich SCHAFFSTEIN, al punto de que el primero llegó a escribir un artículo en el que criticaba a éstos, demostrando que su sistema resolvía mejor la aplicación jurisprudencial de la legislación penal nazi.

De la exaltación normativista del Estado para crear el *welfare State* de Bismarck, se pasó a la evitación de los desbordes represivos que lo destruirían, o sea, al funcionalismo positivista de LISZT, y de éste se saltó hacia una simulación de asepsia ideológica que preservaba a la fuerte burocracia judicial de los accidentes políticos, pero que le permitía ser funcional al esquema crecientemente represivo que culminó en la aberración nazi; esta última función fue la que tuvo a su cargo la estructura teórica del neokantismo. Al afirmar formalmente su función técnica pura, también deslegitimaba en el fondo cualquier pretensión de control constitucional; por una vía indirecta daba la razón a Carl SCHMITT.

EL ONTOLOGISMO FINALISTA DE HANS WELZEL

El renacimiento del derecho natural en los primeros años de la última posguerra tuvo varias versiones, receptadas en algunas sentencias de los primeros años del *Bundesverfassungsgericht*. La más modesta en

cuanto a sus pretensiones fue la de WELZEL, con su teoría de las estructuras lógico-reales (*sachlogischen Strukturen*). Como afirmó ENGISCH en su momento, se trataba de un derecho natural en sentido negativo: no pretendía decir cómo debía ser el derecho, sino sólo lo que no era derecho. A diferencia del neokantismo, para el cual el valor era lo que ponía orden en el caos del mundo y lo hacía disponible, para el ontologismo welzeliano el mundo tiene varios órdenes a los que el legislador se vincula por las estructuras lógicas con la realidad. Según WELZEL, cuando las ignora o quiebra, el derecho pierde eficacia, salvo que quiebre la que lo vincula a la estructura del ser humano como persona, en cuyo caso deja de ser derecho.

El poder punitivo, según el profesor de Bonn, adquiría un carácter ya marcadamente simbólico, reforzando una ética mínima en la sociedad, que hacía que la pena tuviese relación directa con la elementalidad del cumplimiento de la regla violada. De este modo, WELZEL etizaba el derecho penal en una suerte de funcionalismo ético de la sociedad. Su idea de la culpabilidad estaba asentada sobre igual base: con la culpabilidad normativa se reprochaba no haber contenido las pulsiones que llevaron al delito; en germen se hallaba la idea que el funcionalismo más extremo de fines del siglo llevará a la noción misma de conducta o acto. Igual germen se halla en sus intentos de destrabar serios problemas de imputación sobre la base de la adecuación social de la conducta, titubeando en su ubicación como justificación o como atipicidad.

La tónica etizante y de derecho natural mínimo o negativo de WELZEL se inscribe dentro de la experiencia política de los primeros años de posguerra. En efecto: se salía de la catástrofe, Europa estaba reducida a escombros, Alemania destruida, la Constitución de Bonn recién se sancionó en 1949, dos estados se repartían su

territorio. Los ensayos constitucionales no garantizaban mucho; según la experiencia histórica reciente, el derecho internacional de los derechos humanos estaba en pañales (sólo la Declaración Universal de 1948, huérfana de cualquier tratado o ley internacional), la guerra fría era una realidad peligrosa, la amenaza nuclear estaba presente, no había sistema europeo de derechos humanos, nacido recién con la Convención de Roma de 1950, de complicada puesta en práctica. Hasta poco antes de la Segunda Guerra, podía sostenerse que toda ley era derecho, pero luego se hacía urgente ponerle límites al legislador.

En este contexto floreció el finalismo welzeliano como respuesta al neokantismo. Su originalidad no fue cambiar de lugar el dolo (que ya lo habían hecho von WEBER y el Graf zu DOHNA), sino darle forma a su teoría con este marco cultural, filosófico y político. Se lo ha caracterizado frecuentemente como un pensamiento penal conservador y, en su contexto, es posible que lo haya sido hasta cierto punto, porque el funcionalismo ético welzeliano es el marco teórico del saber penal del momento de la reconstrucción del Estado de bienestar por la *Bundesrepublik*. Si exagerásemos un poco, podríamos decir que fue el saber penal de los tiempos de Konrad Adenauer. Desde la perspectiva actual, no sería justo señalar como conservadora la construcción de un Estado de bienestar, pero todo esto es opinable y no hace al fondo de la cuestión que aquí tratamos.

EL FUNCIONALISMO SISTÉMICO DE CLAUS ROXIN

Si bien la obra general de ROXIN se publica a comienzos de la última década del siglo, lo cierto es que corona una serie de trabajos de muchos años antes. Su obra general es la exposición ordenada de un programa teó-

rico enunciado y en gran parte desarrollado en importantes trabajos parciales desde tempranos años de la década del setenta y aun antes, íntimamente vinculados a sus preocupaciones por la función preventivo especial de la pena, desde su activa participación en el *Alternativentwurf* de 1966.

Con ROXIN el saber penal se vincula más estrechamente a la sociología. Si bien no lo menciona expresamente, parece haber en su obra un vínculo a veces directo y otras indirecto con la sociología funcionalista norteamericana de Robert MERTON y, sobre todo, de Talcott PARSONS. La insistencia en la función preventivo-especial del poder punitivo recuerda muy cercanamente la idea de control social de este último sociólogo, como reaseguro de la socialización, para los casos de personas en las cuales fallan los procesos normales de socialización. Es una concepción perfectamente compatible con el Estado de bienestar social establecido: el Estado se organiza en forma tal que interviene cuando fallan los mecanismos ordinarios de socialización de los individuos, y la señal de esa falla es el delito. Éste se manifiesta en una acción en que se expresa anímico-intelectualmente el ser humano y que tiene por efecto un aumento del riesgo para el bien jurídico, con lo cual el aumento del riesgo pasa a ser el criterio imputativo objetivo. La culpabilidad no es un verdadero reproche de la elección de una acción en lugar de otra, sino una ficción o principio regulativo que da por cierto el indeterminismo a esos efectos, que no lo adopta científicamente, por no ser inverificable, pero que lo demanda como límite máximo a la prevención especial.

Comienza a ser bastante difícil la distinción entre la culpabilidad y la punibilidad, porque ésta se carga de consideraciones sobre necesidades preventivas. La tendencia sistemática revela un retorno al criterio bimembre, en un esquema cercano a la construcción neokan-

tiana de Hellmuth von WEBER, aunque en su obra general agrega su concepto personal de acción, que lo aparta un tanto de aquel esquema.

La teorización de ROXIN corresponde a los años del Estado social de derecho consolidado en Alemania, a la *Realpolitik* socialdemócrata de los setenta, de Willy BRANDT y de Helmut SCHMIDT, en que la función del poder punitivo era corregir los casos individuales en que fallaba el sistema social en su labor socializadora. Se trata de un momento de expansión del Estado providente, en que la economía crece, se recluta mano de obra inmigrante de países no europeos o culturalmente más lejanos (italianos y españoles vuelven a sus países y llegan los turcos), hay pleno empleo, funciona aceitadamente el sistema de seguridad social, es decir que el Estado benefactor iba eliminando las *causas sociales* de los delitos y, por lógica, debía entenderse que la etiología de éstos devenía crecientemente de naturaleza individual y, por ende, era menester neutralizarla a tiempo con el ejercicio del poder punitivo, dosificando a ese efecto la prevención especial, aunque sin poder sobrepasar el límite de lo reprochable, considerada casi como una ficción necesaria. Es natural, en este contexto, percibir los ecos teóricos de la sociología de PARSONS, que fue la adecuada a la construcción del Estado providente del *new Deal* norteamericano.

EL FUNCIONALISMO SISTÉMICO DE GÜNTHER JAKOBS

Si bien JAKOBS coloca como garante de su teoría a Niklas LUHMANN, que fue el sociólogo sistémico de la recepción alemana de esa corriente y que la radicalizó en sus elaboraciones, en especial en su teoría de la sociedad, no es menos cierto que esta influencia parece confluir con un acentuado componente hegeliano y una exaltación sociologizada del funcionalismo ético welzeliano. Hay en

JAKOBS una vuelta radical al normativismo, acompañada de un sinceramiento sin precedentes de la función del poder punitivo, que bordea por momentos los límites de lo éticamente tolerable. Le asigna como objeto el fortalecimiento de la confianza en el sistema (prevención general positiva) mediante la ratificación simbólica de la vigencia de la norma. Si bien se trata de un planteo en clave de comunicación (simbólica), no es menos cierto que se percibe el resabio de la función negadora del delito y reafirmativa del derecho de cuño hegeliano.

Su construcción teórica –si bien no se identifica– se aproxima a la reducción de todas las acciones a omisiones, lo que lo conduce a la normativización jurídica de los *roles* sociales y al criterio básico de imputación objetiva como violación de *roles*, entendidos como posiciones de garante, tanto en delitos activos como omisivos. El bien jurídico empalidece frente a la general función de fortalecimiento de la confianza en el sistema, que tiende a convertirse en el único bien jurídico, también cercano a la usanza del viejo hegelianismo en que todos los bienes jurídicos parecían disolverse en el Estado. La necesidad de reafirmar la vigencia de la norma pasa por sobre el requisito de lesividad, lo que lo lleva a postular la punición de deberes inútiles, es decir, que la lesión es normativa y no real. El extremo normativismo determina una concepción del dolo privado del natural elemento psicológico, de modo que se acerca a la vieja presunción de dolo. La culpabilidad también se concibe normativamente, o sea, construyéndola a partir de la necesidad de prevención general positiva, independiente de todo concepto de persona (ente responsable autodeterminable) y, en definitiva, de modo en que prácticamente se confunde con la punibilidad. El extremo normativismo de todos los conceptos lleva a alterar tan radicalmente los contenidos de las categorías del delito sostenidas anteriormente que, probablemente, dificulte a corto plazo

el diálogo entre especialistas que, ateniéndose a las denominaciones, será inevitable que se refieran a conceptos absolutamente diferentes.

Esta teorización aparece en los años ochenta del siglo pasado y coincide con el debilitamiento del Estado de bienestar y el consiguiente refuerzo del control social punitivo interno como consecuencia del deterioro social y del acrecentamiento de riesgos provenientes de la revolución tecnológica. Difícilmente pueda considerarse este desarrollo en la línea de un pensamiento sistémico sociológico, pues los riesgos son reales, en tanto que los refuerzos del sistema social son simbólicos, lo que inevitablemente, para un sistémico social, al menos a mediano plazo, representa una disfunción desde su propia perspectiva. El marco político y económico de esta teorización se sitúa en la década de Kohl y en la globalización, tal como es percibida desde una Alemania que debilita su *welfare* justo cuando se hace cargo de serios problemas sociales acarreados por la reunificación y que coincide con una ampliación extensiva de la legislación penal y una intensificación de las conminaciones penales, ante la paralela y creciente incapacidad del Estado debilitado para resolver en forma eficaz los conflictos.

LA REVALORACIÓN DEL MARCO POLÍTICO

Es probable que la alienación política haga pensar que la previa valoración de los discursos dogmáticos, en los contextos que se acaban de señalar, los desvaloriza o cae en un reduccionismo político. Nada está más lejano de nuestra intención ni de la realidad; justamente se revaloran plenamente los programas políticos de esos discursos cuando se quita el velo que los encubre y se pone de relieve su verdadera dimensión. Alemania

pasó por grandezas y por miserias, cayó y se levantó y tiene, sin lugar a dudas, un enorme papel protagónico en la actual Unión Europea. Cada período, bueno o malo, mejor o peor, fue acompañado por un programa político ofrecido a sus agencias jurídicas en forma de discurso jurídico-penal con alta elaboración técnica. *El fenómeno en sí, lejos de ser criticable (o de pretender subestimarlo desde esta perspectiva), es altamente aleccionador y digno de ser imitado. Pero imitarlo no significa copiar arbitrariamente los discursos jurídico-penales, omitiendo su marco político (que abarca también la estructura de la propia agencia judicial y la operatividad concreta del sistema penal), sino usar la metodología jurídica para crear nuestros propios discursos, acordes con los marcos políticos, económicos, culturales y sociales de los momentos de nuestros respectivos países.* Sólo podremos revalorar el método jurídico y neutralizar la amenaza de la irracionalidad *völkisch* cuando revaloremos adecuadamente la dimensión política de sus particulares teorizaciones, lo que la dotará de sentido pleno y la rescatará del borde del abismo en que la sitúa la alienación política de la pura discusión de consecuencias técnicas. Por cierto que es una tarea mucho más difícil que limitarnos a discutir éstas últimas e importa transitar un camino plagado de obstáculos, pero la cómoda situación de alienación política en que nos hallamos nos expone inevitablemente a la ridiculización *völkisch* y, objetivamente, nos arrastra a una nueva y más refinada versión de la *schifosa scienza*, cuya desaparición nadie lamentó y de la cual sólo sobrevivió la técnica para dar vida a los nuevos discursos políticos de la etapa liberal, que fue la de mayor contenido pensante del derecho penal.

LA CRITICA AL DERECHO PENAL Y EL PORVENIR DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA*

1. En pocos años la crítica sociológica al sistema penal provocó un cuadro bastante desconcertante para la dogmática, que no logra asimilarla, sino que, por el contrario, parece que en opinión de algunos autores conduce a una desaparición de la dogmática. Si bien cabe reconocer opiniones más esperanzadas [1], da la sensación de que aún no han alcanzado el grado de precisión que permita superar la contradicción que se plantea casi como insalvable: según unos, las estructuras dogmáticas deben mantenerse mediante una moderación de la crítica [2] o nos quedamos en un terreno en que la crítica se limita a ofrecer un cierto grado de *voyeurismo* impotente [3].

* Publicado en *Criminología y derecho penal al servicio de la persona. Libro-homenaje al profesor Antonio Beristain.* Compilado por Luis de la Cuesta, Iñaki Dendaluze y Enrique Echeburúa, Instituto Vasco de Criminología, Donostia-San Sebastián, 1989.

[1] Así parece expresarlo Alessandro BARATTA, *Criminología critica e critica del diritto penale,* Bologna, 1982.

[2] Esta sería la posición adoptada por Franco BRIGOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale,* en "Riv. It. di Dir. e Proc. Penale", enero-marzo, 1988, p. 3.

[3] Esa fue la imputación de Giorgio MARINUCI, *L'abbandono del Codice Rocco, tra rassegnazione e utopia,* en "La Questione Criminale", 1981, 2, p. 297. Aclara bastante su posición BARATTA en la respuesta, pero no deja la sensación de completa satisfacción (*Criminologia critica e riforma penale. Osservazione conclusive sul dibattito 'Il Codice Rocco cinquant'anni dopo' e risposta a Marinuci,* en la misma publicación, 1981, 3, p. 349).

No obstante, la cuestión no se resuelve a través de un mayor o menor grado de moderación crítica, sino que el problema, en síntesis, consiste en saber si el sistema penal queda deslegitimado o no. Si el ejercicio de poder del sistema penal pierde legitimidad, parece imposible salvar la dogmática. La crítica que lo deslegitima radicalmente genera dos grandes líneas político-criminales: una vertiente que deslegitima los sistemas penales contemporáneos, pero que, con argumentos que parecen remontarse al Iluminismo, legitimaría un sistema penal basado en un "derecho penal mínimo" [4], en tanto que otra deslegitima el ejercicio de poder de los sistemas penales contemporáneos y de cualquier otro (el abolicionismo) [5]. No obstante, ambas son propuestas político-criminales –o quizá sea mejor calificarlas como propuestas de "modelos de sociedad" [6]–, por lo cual no ofrecen propuestas concretas para los operadores de las agencias judiciales dentro de los sistemas penales contemporáneos.

Esta contradicción impide una respuesta clara y la cuestión puede quedar abierta en Europa, manteniéndose la discusión por cierto tiempo, porque el nivel de

[4] Así, FERRAJOLI, Luigi, *El derecho penal mínimo*, en "Poder y control", n. 0, 1986, 24.

[5] HULSMAN, Louk - BERNAT de CELIS, Jacqueline, *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, 1982; HULSMAN, L., *La política de drogas: fuente de problemas y vehículo de colonización y represión*, en "Nuevo Foro Penal", Medellín, enero-marzo de 1987, p. 49; CHRISTIE, Nils, *Los límites del dolor*, México, 1981; MATHIESEN, Thomas, *The Politics of Abolition*, Oslo, 1974; LARRAURI, Elena, *Abolicionismo del derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista*, en "Poder y Control", 3, 1987, p. 95; autores varios: *The Criminal Justice System as a Social Problem: an Abolitional Perspective*, "Medelingen van het Juridsch Instituut van de Erasmus Universiteit Rotterdam, 1987", números 36 y 37; también *Contemporary Crisis*, Dordrecht, 10, 1, 1986.

[6] Cfr. PAVARINI, en prólogo a la trad. italiana del trabajo cit. de Nils CHRISTIE.

violencia relativamente bajo de los sistemas penales europeos –en comparación con los latinoamericanos– lo permite.

Desde los países centrales recibimos los argumentos teóricos deslegitimantes, cuya proliferación fue altamente favorecida por un envejecimiento filosófico del derecho penal, que terminó manejándose con antropologías insostenibles en las grandes líneas del pensamiento, como también con la apelación a las ficciones y metáforas renovadas, aunque a veces en forma mucho menos coherente que las de sus versiones originales. Tácitos conceptos del hombre kantianos, hegelianos, positivistas biologistas y gentilianos, unidos a veces en un mismo discurso en forma antojadiza, dieron por resultado una profunda decadencia filosófica, que culmina con una vuelta al organicismo [7] sorprendentemente antihumanista, por la vía del funcionalismo sistémico en versión alemana [8] o una vuelta hacia el contractualismo en versión anglosajona [9]. Si a ello agregamos la renovación del fantasma del *bellum omnium contra omnes,* completamos el panorama de viejas ficciones y metáforas, con las que siempre se trató de justificar el ejercicio de poder del sistema penal. Si "ficción" es "invención" y "metáfora" es "traer algo de fuera", un discurso que, para justificar un poder, siempre debió acudir a esos medios, está indicando una carencia, hueco o pozo que por falta de sustento propio invariablemente debió rellenar co-

[7] Don MARTINDALE, *La teoría sociológica. Naturaleza y escuelas,* Madrid, 1979, p. 544: "Puesto que el funcionalismo está anclado tan profundamente en el organicismo, prácticamente todo lo que se diga peculiar del funcionalismo ha sido adelantado por los organicistas".

[8] LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie,* München, 1972; *Sistema jurídico y dogmática jurídica,* Madrid, 1983; la polémica LUHMANN-HABERMAS, *Fin y racionalidad en los sistemas,* Madrid, 1983; *Teoría della società e tecnologia sociale,* Milano, 1973; en derecho penal: JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* Berlin, 1983.

[9] HART, Herbert L. A., *Responsabilitá e pena,* Milano, 1981.

mo pudo. La vertiginosidad de los discursos de justificación, de las alternativas metafóricas y ficticias, la avidez consumidora de bases filosóficas idealistas y realistas (con neto predominio de las primeras), la apelación a un neokantismo que permitía la elaboración de un saber normativo vacío de datos de realidad y de un saber criminológico de origen racista, todo ello cubriendo y tratando de justificar el poder de agencias que en dos siglos han cambiado muy poco en cuanto a sus estructuras reales y a su operatividad social, está hablando a las claras de la insuficiencia legitimante de esos esfuerzos, lo que fue preparando lentamente la eclosión de las críticas deslegitimantes.

Por fin, las críticas deslegitimantes llegaron, no sólo de la mano del marxismo –en las primeras versiones de su institucionalización y del no institucionalizado[10]– sino también del estructuralismo [11], del paradigma de la dependencia [12] y, sobre todo, del interaccionismo simbólico [13] y de la fenomenología [14], siendo estas dos últimas

[10] La más interesante del marxismo institucionalizado sería, quizá, la de PASUKANIS, Eugenij B., "La teoría generale del diritto e il marxismo", en Riccardo GUASTINI, *Marxismo e teorie del diritto. Antología a cura di...*, Bologna, 1980. En él pueden verse las respuestas de Stucka y las diátribas de Visinski (PASUKANIS desapareció con las purgas stalinistas). Por el lado del marxismo no institucionalizado, por supuesto, la crítica social es importante (cabe recordar la obra pionera de RUSCHE-KIRCHHEIMER, *Pena y estructura social,* trad. de García Méndez, Bogotá, 1984), Fuera de esta corriente, BARATTA; PAVARINI; QUINNEY; etc.

[11] Michel FOUCAULT, *Vigilar y castigar,* México, 1984; *La verdad y las formas jurídicas,* Barcelona, 1980; *Microfísica del poder,* Madrid, 1983.

[12] Martha KNISELY HUGGINS, *From Slavery to Vagrancy in Brazil. Crime and Social Control in the Third World,* New Brunswick, 1985.

[13] GOFMAN, BECKER, LEMERT, CHAPMAN, etc.

[14] Alfred SCHUTZ, *El problema de la realidad social,* Bs. As., 1974; BERGER, Peter-LUCKMAN, Thomas, *La construcción social de la realidad,* Buenos Aires, 1986.

corrientes, por más que pueda criticárselas y calificárselas como de "medio camino" o "alcance medio"[15], las cuales al explicar la microoperatividad de las agencias del sistema penal, protagonizan una deslegitimación que con todo acierto se ha calificado de "irreversible", sin que para ello sea menester acudir a las teorías de "largo alcance" o macrosociológicas, por más que éstas resulten sin duda fundamentales a otros efectos.

Con todo, en América Latina la operatividad del ejercicio de poder de las agencias de los sistemas penales queda deslegitimada por los hechos mismos. Nunca estuvieron legitimadas esas agencias, siempre supimos que su operar era injustificable. No obstante, durante muchos años, la justificación fue constituida por la esperanza de que se tratase de defectos conyunturales, a los que contribuía la tesis del desarrollo centrífugo –renovación del spencerianismo– que pretendía mostrar nuestros fenómenos con analogía a los centrales del siglo pasado. La crisis definitiva de esta tesis y la clara demostración de la dependencia como productora de estructuras[16] nos hace despertar a una realidad amenazante que se agrava con la perspectiva de una revolución tecnológica, cuyos efectos genocidas pueden superar los efectos de las revoluciones mercantil e industrial sobre nuestro margen[17].

Ante esto, continuamos con nuestro discurso jurídico-penal, del mismo modo que lo habíamos hecho antes, porque su perversidad es tal, que nos impide desprendernos de él, dado que es el único instrumento con que el reducido poder de los juristas puede pretender

[15] Así, GOULDNER, Alvin W., *La sociología actual: renovación y crítica,* Madrid, 1979, p. 36.

[16] Por ej., PREBISCH, Raúl, *Capitalismo periférico. Crisis y transformación,* México, 1981.

[17] Ver RIBEIRO, Darcy, *O dilema da América Latina,* Petrópolis, 1983.

contener algunos excesos de los muchos que nos desbordan. Es una posición harto incómoda, que presenta una curiosa similitud con la del famoso personaje de Unamuno, San Manuel.

2. Nuestros sistemas penales implican un genocidio en marcha, en acto. El número de muertes que causan sus agencias en forma directa, sumado a las omisiones que encubre con su aparente capacidad de solución de conflictos y que ocultan fenómenos que superan en mucho las muertes que directamente provocan, además de los deterioros físicos y psíquicos de muchísimas personas –no sólo criminalizadas, sino también entre los operadores de sus propias agencias– arroja un saldo letal incalificable. Sin duda que un imperativo *iushumanista* nos obliga a una respuesta urgente y *ética*: la urgencia proviene del *milagro,* en el sentido etimológico y originario de "maravilla". Quien ocupa una función de operador de una de las agencias del sistema penal en América Latina y especialmente cuando esa agencia es la reproductora ideológica del sistema penal, esto es, la Universidad, no puede menos que tomar consciencia de que esa posición es resultado de un milagro que implica haber sorteado tal cantidad de riesgos que constituye la realización de una probabilidad remotísima. El operador de esa posición debe haber alcanzado esa posición extremadamente privilegiada, frente a muchos otros que se quedaron en el camino. Desde el milagro de su privilegio, basta mirar alrededor para percatarse de que fueron muchos, muchos más, quienes frustraron sus esperanzas de vida o quienes, sin frustrarla, no pudieron alcanzar esa situación milagrosa. Esta perspectiva permitirá ver descarnadamente el privilegio y el desprecio por la vida humana practicado por el ejercicio de poder en cuya operatividad se enmarca, creándole un compromiso con todos los que quedaron en el camino. No es un imperativo que surge del "coraje de existir" sino del "milagro de vivir".

Puede que haya quienes se conformen con la urgencia de respuesta que provenga de argumentos intelectuales y iushumanistas, pero, por si éstas no fuesen suficientes, el imperativo ético es indiscutible.

3. ¿Cómo responder a esta urgencia? Desde el centro no parece haber respuesta. Salvar nuestra dogmática penal, copiada del centro, a costa de negar una parte de la realidad, no parece razonable. Menos razonable parece nuestro "sigamos así, aunque no sea cierto, porque es mínimamente útil". Creemos que es llegada la hora de plantear la pregunta fundamental: si el ejercicio de poder del sistema penal se ha deslegitimado, ¿no será posible salvar a la dogmática jurídico-penal y elaborarla sobre la base de un discurso que parta de la asunción de esta realidad?

La primera reacción frente a esta pregunta es negativa: no podemos elaborar una dogmática que no sea legitimante del ejercicio del poder del sistema penal; por ende, si éste está deslegitimado, no hay espacio para ninguna dogmática. Este razonamiento parece de una lógica impecable, aunque un tanto falsa. En realidad, es el poder de las agencias en que operamos el que nos ha señalado la respuesta negativa, y lo curioso es que ese poder fue ejercido siempre en forma que nos ocultó su verdadero poder y, justamente por ello, no concebimos otra respuesta.

Nos inclinamos por la respuesta contraria. En rigor, el discurso jurídico-penal que venimos reiterando cae en la omnipotencia: el discurso jurídico-penal siempre fue el encargado de justificar el ejercicio de poder de todo el sistema penal cuando, en realidad, su máximo ejercicio de poder no pasa por la agencia judicial, puesto que no se trata del poder represivo del sistema, sino del poder positivo, configurador, constitutivo de la función no manifiesta de verticalización militarizada de la sociedad, propia del modo de organización social corporativo *(Ge-*

sellschaft), en detrimento de la organización horizontal, comunitaria *(Gemeinschaft),* caracterizada por las relaciones de simpatía. El poder configurador, de lo cotidiano, pequeño y despreciado por el "gran" derecho penal de las teorías jurídicas [18], que desde DURKHEIM hasta hoy [19] pretenden mostrarnos como propio de las sociedades "progresistas" –y que en realidad pulveriza las relaciones sociales, verticalizando el poder para acumular capital, en el centro primero, para condicionar el consumo después y en la periferia para consolidar la dependencia[20]– es el verdadero poder del sistema penal[21], que no pasa por la agencia judicial, sino que está a cargo exclusivo de las agencias ejecutivas. Todo ese poder legitimó con su discurso el derecho penal que, en definitiva, sólo tiene poder para planificar su ejercicio para la agencia judicial. Esta omnipotencia nos enseña hasta hoy que el discurso jurídico-penal debe legitimar el poder de todo el sistema penal, para poder planificar el ejercicio de poder decisorio de la agencia judicial, en los pocos casos que las otras agencias (ejecutivas) seleccionan, para someterlos a su conocimiento. El análisis del poder del sistema penal nos muestra hoy claramente que el poder selectivo del sistema penal –innegable a estas alturas en cualquier país [22]– no lo tiene primero el

[18] Ver ZAFFARONI, "El sistema contravencional de la ciudad de Buenos Aires. La minimización formal para la represivización material", en *Criminología crítica,* I Seminario, Medellín, 1984, p.105.

[19] DURKHEIM, Emile, *La división del trabajo social.* Barcelona, 1985; REDFIELD, Robert, *Yucatán: una cultura en transición,* México, 1944.

[20] RIBEIRO, ob. citada.

[21] FOUCAULT, *Microfísica,* citado.

[22] Sobre la selectividad de la pena de muerte en Estados Unidos, un panorama bastante claro en Amnesty International, *Death Penalty,* London, 1987; Amnistía Internacional, *Informe 1988,* 140-142.

legislador, luego el juez, por último las agencias ejecutivas, sino todo lo contrario: ejerce el poder del sistema el conjunto de agencias ejecutivas, como poder configurador, y selectivo, puesto que selecciona unos pocos casos que somete a la agencia judicial. La agencia legislativa se limita a conceder ámbitos de selectividad que son ejercidos por las agencias ejecutivas, quedando la judicial en medio de ambas, con muy limitado poder. Sin embargo, la ilusión de poder de la agencia judicial y de la respectiva reproductora ideológica (universidad) se vio alimentada por el discurso jurídico-penal justificador de la totalidad.

El discurso jurídico-penal reconoce distintos elementos, que pueden ser primariamente clasificados en elementos *legitimantes,* encargados de racionalizar ese poder verticalizante que en función de la característica modernizadora incorporativa de la sociedad industrial fue traído a nuestro margen, donde empleamos los mismos discursos centrales, pese a la diferente función que cumple en nuestra periferia el sistema penal [23]: si nos atenemos al presente, algo muy diferente es controlar socialmente para que la población consuma lo que no necesita para vivir y hacerlo para que la población no consuma lo que necesita para sobrevivir.

El segundo grupo de elementos del discurso jurídico-penal es el que se encarga de la función pautadora de las decisiones de la agencia judicial. Toda construcción dogmática aspira a la pautación de reglas que hagan previsible y racional el ejercicio del poder de los juristas, es decir, para decidir de modo no contradictorio en los conflictos que las agencias no judiciales del sistema pe-

[23] Es sabido que la transnacionalización legislativa penal fue total en Latinoamérica: la Argentina tomó el Código de Baviera de 1813; Brasil el Rocco, Venezuela el Zanardelli, Haití y Dominicana el francés, Perú el suizo, Ecuador el belga, Bolivia el español, etc.

nal seleccionan y someten a las agencias judiciales. Como hasta ahora el discurso jurídico-penal ha venido cumpliendo ambas funciones, reconocemos en él los elementos legitimantes y *pautadores*. No obstante, ambos elementos discursivos se encuentran íntimamente vinculados, pues la función legitimante subordina a la pautadora, hasta dejarla prácticamente inmersa en ella.

Los componentes legitimantes deben comenzar por asignarle una función a la pena. Según sea la función que se asigna a la pena, se deriva de ella, en forma deductiva, toda una construcción teórica que abarca los componentes pautadores, por lo que cada teoría de la pena se convierte en una teoría del derecho penal [24]. De allí que la decisión de los casos se paute conforme a categorías que, por ser deductivas, no permiten un contacto fluido con la realidad social del conflicto en que debe decidir. El discurso jurídico-penal legitimante no puede cumplir la función de pautar la mejor decisión frente al conflicto que se le somete, sino sólo la deductivamente más adecuada a la premisa justificadora del sistema que previamente se ha escogido con cualquier teoría de la pena. La explicación última de esta característica estructural de los discursos jurídico-penales que conocemos se explica porque el modelo penal, desde la confiscación irreversible del conflicto (del derecho de la víctima) y de la consiguiente exclusión del sujeto pasivo del protagonismo procesal, reemplazado por un funcionario que dice representar los intereses del soberano o por el mismo juez, es decir, desde el siglo XII, no es un modelo de solución de conflictos, sino un ejercicio de poder. La agencia judicial puede *decidir* en los conflictos que le llegan por selección de las otras agencias, pero no puede *solucionar* (resolver) esos conflictos, salvo por casualidad.

[24] Cfr. SCHMIDT, Eberhard, en RADBRUCH-SCHMIDT-WELZEL, *Derecho injusto y derecho* nulo, Madrid, 1971, p. 28.

Pero los elementos del discurso jurídico-penal no se agotan con las dos categorías señaladas: además de los elementos *legitimantes* y *pautadores*, hay una tercera clase de elementos, que cumplen a su modo una importantísima función legitimante, pero que no lo son específicamente. Se trata de los elementos *negativos limitadores* que recortan el discurso. Todo saber se expresa a través de un discurso que señala sus límites. Lo que queda dentro de esos límites es el horizonte de proyección [25] de un saber u "ontología regional" (delimitación de un campo del ser). Por regla general, los horizontes de proyección estallan y generan de este modo nuevos horizontes o "revoluciones epistemológicas" [26]. El discurso jurídico-penal es tan cauto, que los límites de su horizonte de proyección son cuidadosamente recortados por el poder de otras agencias.

El ámbito de lo penal lo establece el concepto de pena, que resulta delimitado por un acto de bautismo legislativo, o sea que es la agencia legislativa la que pretende decidir el horizonte de proyección del saber penal. Por supuesto que lo que esta agencia deja fuera del saber penal queda excluido también del ejercicio de poder de la agencia judicial.

La función de los elementos negativos del discurso penal es altamente legitimante del sistema penal, porque reduce el ejercicio de poder de la agencia judicial en forma aparentemente racional, con lo que legitima el ejercicio de poder de las restantes agencias y "estagniza" al derecho penal, congelando su horizonte de proyección e impidiéndole intentar cualquier cambio de paradigma.

[25] SZILASI, Wilhelm, *¿Qué es la ciencia?*, México, 1970.

[26] Ver KUHN, T. S., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, 1985.

4. La anterior reflexión nos señala que, siendo posible distinguir entre elementos *legitimantes, pautadores* y *negativos,* resultaría abstractamente posible eliminar del discurso jurídico-penal los negativos y los legitimantes y *reducirlo a los elementos pautadores.* La cuestión es cómo puede construirse un discurso jurídico-penal sobre la base de elementos pautadores, que resulte racional, frente al ejercicio de poder de un sistema penal deslegitimado.

Los problemas por resolver son básicamente dos: *a*) Si el poder del sistema penal queda deslegitimado, ¿de dónde deducimos las pautas? *b*) ¿Cómo delimitamos el horizonte de proyección del saber penal sin los elementos negativos?

En cuanto al primer interrogante, no por azar, encontramos en el ámbito de lo jurídico un discurso racional que se construye frente a un hecho de poder que está claramente deslegitimado: *la guerra.* Se trata, como es obvio, del *derecho humanitario.* Esta rama del derecho no pretende relegitimar la guerra, sino que admite su existencia como la de un hecho de poder, un *factum,* que no desaparece con el mero discurso de los juristas. El *pacifismo* no es más que la ingenua pretensión de negar la realidad de un hecho que, por deslegitimado que se halle, está en el mundo y, como es natural, los hechos de poder se mantienen mientras permanezca su poder, no mientras los juristas los legitimen. Podemos ser enemigos de la guerra, pero no podemos ignorar que hay guerras, que ellas se enmarcan en una red de poder mundial. Ante la realidad de la guerra, el derecho humanitario implica una reacción jurídica racional frente a un hecho de poder irracional. Reconoce la naturaleza de hecho de poder del fenómeno que enfrenta, reconoce la limitación del poder de que dispone, trata de extender sus límites para reducir cada vez más la violencia del hecho que, de momento no puede eliminar o suprimir.

El discurso jurídico-penal que se hiciese cargo de la deslegitimación del sistema penal, bien puede traducirse en una construcción dogmática que importe la pautación planificadora del reducido ejercicio de poder de la agencia judicial en forma racional, o sea, un conjunto de pautas decisorias configurador de una estrategia reductora de violencia del sistema penal, como objetivo inmediato, sin perjuicio de un objetivo mediato o utópico, que sería su reemplazo progresivo por distintos modelos de solución de conflictos.

El segundo interrogante que planteamos es cómo reducir a su ámbito el saber penal, si carecemos de elementos negativos impuestos por las agencias legislativas. Sin duda que debemos basarnos en algún dato óntico para establecer el concepto limitador de "pena". Si tenemos en cuenta que el modelo abstracto del derecho penal no es un modelo de solución de conflictos por confiscación del derecho de una de las partes del conflicto, es posible, sobre la base de tal dato, establecer que hay inflicciones de dolor o privaciones de derechos que no responden a ninguno de los modelos abstractos de solución de conflictos del orden jurídico (civil, laboral, mercantil, etc.). Esto nos proporcionaría un concepto de pena que la agencia legislativa no podría manipular a gusto y le proporcionaría a las agencias judiciales un campo para ampliar su ejercicio de poder hacia ámbitos de los cuales hoy se halla totalmente excluida.

No resulta en principio, pues, inconcebible, la construcción de un nuevo discurso jurídico-penal que implique la planificación normativa del ejercicio del poder de los juristas para una pautación decisoria legítima, en la medida en que persiga una menor violencia. El reconocimiento de los límites reales del ejercicio del poder de los juristas no sería más que la renuncia a una ilusión de poder, que resulta indispensable para procurar una ampliación de ese poder y una consiguiente oportuni-

dad mayor de reducción de la violencia. Cualquier táctica ampliatoria del ejercicio del poder de los juristas está condenada al fracaso si se la intenta basada en un discurso que les oculta los límites de su ejercicio real de poder, pues nadie puede hacer esfuerzos racionales por ampliar un poder del que cree que ya dispone.

5. Del modo que lo dejamos señalado, el derecho penal puede ensayar una nueva construcción, concebido como un *derecho humanitario del momento de la política.* Su resultado práctico sería una reelaboración del derecho penal de garantías, más perfecta en cuanto a limitación de poder del Leviathan que la propuesta de LISZT, cuando concebía el derecho penal como la Carta Magna del delincuente, opuesto al poder estatal, entendido en su terminología como "política criminal" [27]. La función que la agencia judicial desempeñaría dentro del sistema penal sería, sin duda, una función de contradicción limitativa del poder de las restantes agencias, idea que tampoco parecería resultar totalmente descabellada, al menos si reconocemos que, en cierta forma, su antecedente puede remontarse a un buen entendimiento de MONTESQUIEU.

Superadas estas objeciones, sería menester precisar algunas de las características que podría asumir un discurso penal así concebido. En principio, sería menester reformular los enunciados de todos los principios del derecho penal de garantías, desde la óptica de que se trata de enunciados útiles para limitar la intervención punitiva, que en su aplicación concreta y progresiva irían generando un *standard* de máximo de irracionalidad, tolerada en función de la limitación del poder disponible por parte de la agencia judicial. Sabemos que la realización de todos los principios garantizadores del

[27] LISZT, Franz von, *Strafrechtliche Ausfsätze un Vorträge,* 1905, t. II, p. 80.

derecho penal es, en definitiva, una ilusión, porque la operatividad del sistema penal los viola a todos. Basta pensar en la enorme selectividad del sistema penal que echa por tierra la legalidad y el derecho penal de acto, puesto que es notorio que selecciona en razón de la persona. A partir de esta selectividad, queda deslegitimada cualquier pretensión de reproche, porque si bien la culpabilidad no es un reproche ético, tiene una base ética, que se hace insostenible a partir de la selección por la vulnerabilidad. Las garantías, por ende, serían los máximos *standards* de limitación del ejercicio de poder arbitrario de las restantes agencias, logrados por las agencias judiciales.

6. Pese a lo expuesto, una pregunta fundamental, entre muchas otras, quedará flotando: ¿Una dogmática penal sobre esas bases, no implica una contradicción entre el sistema penal y los derechos humanos? En efecto, creemos que, en definitiva, el ejercicio de poder de los sistemas penales es incompatible con la ideología de los derechos humanos. Esto puede parecer un contrasentido, dado que todos los instrumentos de derechos humanos se ocupan con cierto detalle de sus límites y garantías. No obstante, un análisis más detenido de la cuestión y, particularmente, su genealogía ideológica, nos demostrará que precisamente esa circunstancia evidencia una contradicción ideológica irreductible.

Los derechos humanos no son una mera "ideología instrumental", sino una ideología que configura una *programática para toda la humanidad.* Pero, un "programa" es una anticipación y, por ende, se trata de algo que no está realizado, sino que debe realizarse, como transformación social e individual.

Es casi tan sencillo repetir que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos", como difícil es vivenciarlo. Vivenciar el artículo primero de la Declaración Universal es una verdadera hazaña

moral que ha sido el raro privilegio de unos pocos númenes morales de la humanidad y basta comparar el comportamiento de éstos con nuestras actitudes fuertemente condicionadas por el poder y el saber que de él se desprende, para percatarnos de que nada quedaría de nuestros sistemas penales si fuesen operados por esos númenes morales y, por supuesto, nada quedaría de ellos si viviesen hoy y se pusiesen al alcance de los operadores actuales de los sistemas penales.

Pero *los derechos humanos no son una utopía (en sentido negativo), sino un programa de transformación de la humanidad de largo alcance.* Considerarlos de otro modo sería banalizarlos e instrumentarlos. Su positivación en documentos normativos internacionales sirve para proporcionarnos un parámetro con qué medir hasta qué punto el mundo está "al revés". La pretensión de que los derechos humanos están realizados no pasa de ser una tentativa de ponerlos "al revés" y, por ende, de neutralizar su potencial transformador.

En tanto que los derechos humanos señalan un programa realizador de la igualdad de derechos de largo alcance, los sistemas penales son instrumentos de cristalización de la desigualdad de derechos de todas las sociedades. No en vano la temática normativa de todos los instrumentos internacionales de derechos humanos referida a los sistemas penales siempre es señalizadora de fronteras estrictas a éstos, tan estrictas como la viabilidad política del instrumento lo posibilita[28]. Resulta claro que esos instrumentos se enfrentan con un hecho que quieren acotar y contener.

[28] Así, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos consagra la abolición progresiva de la pena de muerte porque, de consagrar directamente la abolición, hubiese sido inviable políticamente su ratificación.

Este fenómeno se explica porque la ideología de los derechos humanos reconoce raíces lejanas, presentes en todo el "saber milenario" de la humanidad, siendo absurdo que tal o cual *iusnaturalismo* reclame para sí su exclusividad. Lo que no puede negarse es que su *formulación contemporánea* más inmediata proviene del siglo XVIII y de comienzos del XIX, es decir, de un momento de conciencia humanista impulsado por las clases que le disputaban la hegemonía a la aristocracia que se consideraba detentadora por "derecho divino". Su formulación más próxima la recibe en una lucha, y el llamado "derecho penal liberal" fue, dentro de ese contexto, un freno opuesto a un hecho de poder que se había generado como resultado de la anterior revolución técnica –la revolución mercantil–, que había servido para consolidar el poder hegemónico que había comenzado con la confiscación del conflicto (supresión de la víctima) en los siglos XII y XIII. A la hora de contener este poder del soberano, para dar paso a una nueva clase hegemónica, ésta procuró hacerlo mediante el discurso contractualista, pero su desarrollo coherente, en definitiva, acababa desmontando el poder todo del sistema penal, como lo demuestra el hecho de que Marat, basado en la misma ficción contractualista, haya deslegitimado la totalidad de los sistemas penales de su tiempo. El mismo ROUSSEAU, deducía de ella un "Estado social" y no un Estado liberal económico en el sentido corriente.

Hemos venido repitiendo que nuestros sistemas penales se configuran con su aspecto actual en el siglo XIX, cuando en realidad se configuraron en el siglo XII con la confiscación del derecho lesionado de la víctima y sólo se refuerzan en el siglo XIX, con la consolidación o aparición de las agencias policiales. En lugar, la formulación contemporánea de los derechos humanos más inmediata a nuestro tiempo proviene de una etapa que sólo fue tentativa de contención del poder que se había

generado en el siglo XII, como coyuntural discurso de lucha de una clase que lo dejó a un lado cuando se asentó en el poder: basta para ello pensar en el Código Penal francés revolucionario y en el Código de Napoleón. Es obvio que esta diacronía genealógica muestra la contradicción ideológica entre los derechos humanos y el refuerzo de los sistemas penales.

Por otra parte, cuando hablamos de "nuestros" sistemas penales en este margen latinoamericano del poder mundial, nos referimos al resultado de un proceso de planetarización civilizadora por modernización incorporativa, llevado a cabo por medio de empresas altamente genocidas, tanto en América como en África, con la aclaración de que lo "nuestro" es sólo la transculturación ideológica, pero no la realidad operativa, que siempre fue diferente. El principio conforme al cual todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos parece ser propio de númenes morales que orientaron los momentos de más alta moralidad de las culturas que fueron arrasadas por ese proceso de planetarización (se haya tratado de culturas europeas como periféricas). Tomando esto en cuenta, la diacronía ideológica resulta más manifiesta aún. La oposición irreductible entre este programa de transformación de la humanidad y un instrumento de poder que desde el siglo XII se usa selectivamente para regimentar verticalmente a la sociedad es demasiado clara.

El urgente reclamo de una dogmática jurídico-penal que se haga cargo de la deslegitimación del ejercicio de poder del sistema penal y que paute inmediatamente la estrategia de las agencias judiciales en función de la necesidad impostergable de controlar la violencia genocida, poniendo en juego el ejercicio de su propio poder en ese sentido, se nos impone también en función de un *imperativo iushumanista,* porque no otra cosa puede resultar desde la perspectiva de esa programación trans-

formadora de la humanidad y la constatación del hecho de poder en una posición planetaria marginal, donde el camino progresivo hacia la realización de ese programa aparece como abrupta y brutalmente interrumpido por una nueva revolución técnica que nos amenaza con un tecnocolonialismo de formidable capacidad destructiva.

7. Uno de los interrogantes que, a modo de objeción, se formularía contra el programa que trazamos, estaría referido a cómo pensamos que puede ensayarse una suerte de nuevo modelo integrado de derecho penal y criminología sin caer en la disolución sociológica del derecho penal.

Creemos que todas las discusiones *iusfilosóficas* han tenido como núcleo central la problemática "hecho-valor", por lo cual, cualquier pretensión de sintetizarlas resulta imposible. No obstante, las diferentes posiciones son susceptibles de clasificación, distinguiéndose perspectivas realistas e idealistas. El círculo "realista" lo integrarían las variables que, en conjunto, se inclinan hacia el criterio de que el valor jurídico no altera la estructura del objeto valorado, en tanto que en las "idealistas" el valor cumpliría cierta función "creadora" respecto del objeto que "toca". El idealismo tiende a generar un "mundo del jurista", que le otorga mayor seguridad (al jurista), puesto que lo sustrae del permanente devenir y de lo inacabado, propios del mundo real, preservándolo de las discusiones acerca de éste. En ese sentido, el realismo siempre proporcionará respuestas menos absolutas y casi siempre provisionales. El jurista tiende a inclinarse por el primer camino, que le permite la construcción de teorías jurídicas cuya "estética" comparte los valores de la arquitectura autoritaria, que no por azar domina con su monumentalismo frontalista en casi todos los palacios de justicia. El realismo carece de esa seguridad, pero tiene la incuestionable ventaja de valorar un mundo no construido a la medida de las ne-

cesidades del valor (y por ende, del sujeto que valora). Por supuesto que hay grados de realismo y de idealismo, en cuyos extremos se hallan los reduccionismos y los solipsismos.

La considerable gama de neokantismos filosóficos con distintas intensidades de idealismo dio nuevas fuerzas al positivismo jurídico. El advenimiento de los totalitarismos europeos y la Segunda Guerra Mundial generaron en la posguerra alemana federal un movimiento que, para eludir la omnipotencia legislativa, sostenía una vuelta a la "naturaleza de las cosas". Una de la primeras voces en esta senda –como es notorio– fue la de Gustav RADBRUCH[29] y, entre sus múltiples tendencias[30], hubo una que fue considerada como una suerte de "programa mínimo" del movimiento[31] y que tuvo singular fortuna en el campo del discurso jurídico-penal: la teoría de las estructuras lógico-reales *(sachlogischen Strukturen)*[32].

Desde la perspectiva de las sachlogischen Strukturen se renovó la teoría del delito, generando una larguísima polémica, que hoy nos parece muy lejana, pese a su inmediatez cronológica. Sin embargo, el penalismo alemán posterior al finalismo, incorporó como componente casi irreversible la estructura compleja del tipo penal, pero abandonó por completo el fundamento de las estructuras lógico-reales. La teoría de las estructuras ló-

[29] RADBRUCH, Gustav, "Fünf Minuten Rechtsphilosophie", 1945; "Gerechtigkeit und Gnade", 1949; "Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht", 1946, todos en *Rechtsphilosophie,* Stuttgart, 1970.

[30] Un amplio panorama en Luis RECASENS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable",* México, 1971.

[31] BARATTA, Alessandro, *Il problema della natura del fatto. Studi e discussioni negli ultimo dieci anni,* en "Anuario Bibliografico di Filosofia del Diritto", 1968, 227.

[32] WELZEL, Hans, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie,* Berlin, 1975.

gico-reales se había presentado como la antítesis del neokantismo, afirmando que el derecho, cuando se refiere a cualquier ente, como todo conocimiento, no debe alterarlo. A través de un desarrollo que no podemos discutir aquí, esta teoría concluye en que el derecho no es un ente ideal, sino un instrumento, que puede ser más o menos defectuoso sin perder su carácter de tal, pero que lo pierde cuando queda desbaratado, como el trozo de madera que fue mango de martillo. Esto no implica ningún *iusnaturalismo* como ley superior que nos permita ver y conocer como "debe ser el derecho". Si algún resto de *iusnaturalismo* podía haber en esta teoría, sería lo que se ha calificado como "*iusnaturalismo* negativo", que no sería útil para decirnos cómo debe ser el derecho, sino qué no es derecho[33].

Es verdad que el orden de la realidad no es unívoco, porque también es resultado de saberes condicionados por poderes y el jurista puede ubicar un dato de realidad conforme a una visión muy particular y arbitraria. Pero mucho más autoritario sería pretender que el legislador puede cerrar e impedir cualquier debate, haciéndose señor de la definición de la realidad del mundo. Pretender que el poder de "fabricar el mundo" en las manos del legislador produce "seguridad jurídica" por su grado de certeza, importa confundir la "seguridad jurídica" con el bonapartismo o con la "seguridad" de la voluntad vertical de la autoridad. Afirmar que existe hoy un Estado "racional y democrático" que impide que el legislador "fabrique el mundo", es una ilusión negadora de la evidencia de lo que acontece en cualquier parte del plantea y de toda la experiencia histórica.

La objeción de que esta teoría presupone una antropología filosófica, no es realmente una objeción, sino un

33 ENGISCH, Karl, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, München, 1971, p. 240.

mérito, particularmente cuando se trata de una antropología "preparatoria" si se quiere, pero necesaria para establecer bases mínimas de coexistencia. Menos objetable parece ser cuando esa antropología elemental coincide con la que reconoce la conciencia jurídica internacional a través de su positivización *iushumanista* a ese nivel.

Estas consideraciones nos conducen a la sospecha de que el abandono de la teoría de las estructuras lógico-reales no obedece a que haya dejado de ser fecunda, sino a razones que creemos ahora percibir más claramente, a la luz de la crítica sociológica deslegitimante del sistema penal.

Esta teoría fue aplicada al derecho penal en la posguerra, llegó a la teoría del delito, pero en modo alguno se aproximó a la teoría de la pena y menos aún a la de las medidas de seguridad. Las consecuencias jurídico-penales del delito quedaron fuera de su consideración, sufriendo un corte respecto de la reconstrucción teórica del delito. ¿Qué pasaría si desarchivásemos la teoría de las estructuras lógico-reales y la aplicásemos a la teoría de las consecuencias jurídicas del delito? ¿Qué sucedería si con los datos de realidad de los actuales paradigmas críticos criminológicos intentásemos enfrentar la construcción de una teoría de la pena validos de la teoría de las estructuras lógico-reales? Creemos que el resultado sería una crisis del discurso jurídico-penal, es decir, se produciría una deslegitimación y una necesidad de reconstruirlo en forma no muy diferente de como intentamos programarlo aquí [34].

[34] Hay algunas coincidencias curiosas, como que esta teoría es rechazada en Alemania Federal y paulatinamente reemplazada por el funcionalismo sistémico; que los soviéticos le imputen que permite al juez hacer una interpretación arbitraria y completamente ilimitada del concepto de traición a la patria y de otros delitos, si esa interpretación es favorable a las capas dirigentes de la sociedad, es de-

La teoría de las estructuras lógico-reales es infecunda para construir un discurso jurídico-penal legitimante del sistema jurídico-penal, en un momento de seria crítica social y criminológica, pero la creemos aún muy fecunda para construir un discurso que se haga cargo de la deslegitimación del ejercicio de poder del sistema penal, sin caer por ello en un reduccionismo sociológico, sino en un nuevo modelo integrado. No se trata de ningún reduccionismo, sino simplemente de indicarle al jurista la necesidad de vincularse al mundo, lo que lo remitirá frecuentemente a disputas acerca de esa realidad. Buscar la "seguridad" en un mundo en que todo está "acabado" y el devenir detenido, será buscar la negación del mundo, hallarse "seguro" en un "no mundo", que sería el máximo de inseguridad imaginable. Hemos trabajado, en buena parte, conforme a una consigna absurda: "Como la seguridad no es de este mundo, inventemos otro, que no existe ni existirá, y desentendámonos de éste, que es muy complicado para nosotros, humildes penalistas". Esa humildad oculta la omnipotencia –característica adolescente y en general inmadura– y de ella nace el discurso legitimante del ejercicio de poder de todo el sistema penal.

---

cir, a los "círculos monopolistas y vindicativos de la República Federal Alemana" (ZDRAVOMISLOV-SCHNEIDER-ZELINA-RASHKOVSKAIA, *Derecho Penal Soviético, Parte general,* Bogotá, 1970, p. 547); que haya sido rechazada por los penalistas adictos a las dictaduras del Cono Sur, que por lo bajo la catalogaban de "marxista", aunque uno solo de ellos –por cierto que de los más conspicuos expositores del pensamiento penal de seguridad nacional del Río de la Plata– lo puso por escrito: "Lo cual –se nos ocurre– puede transformar al derecho penal en el paraíso de los doctrinos de una nueva *Weltanchaung* (sic), resuelta e interpretada según las mentadas verdades eternas, o considerar con argumentos metajurídicos que el derecho penal es el instrumento técnico "para asegurar la *preservación de las masas proletarias*" (BAYARDO BENGOA, Fernando, *Dogmática jurídico-penal. Reformulación y perspectivas,* Montevideo, 1983, p. 58).

EL MARCO CONSTITUCIONAL IUSHUMANISTA DEL SABER PENAL *

1. El derecho penal y el derecho constitucional se vinculan de modo formal a través de la supremacía constitucional derivada del art. 31 de la Constitución nacional. Dado que la Constitución es el estatuto político del Estado, es un lugar común que el derecho penal debe someterse a su marco. *Constituir y estatuir* son verbos con etimología común, que evocan lo estatutario, lo *pétreo*: la Constitución es una ley más rígida, preservada de las decisiones de las mayorías coyunturales de la legislatura ordinaria productora de la ley penal común, por lo cual éstas deben estar siempre sometidas a aquélla y, por ende, el intérprete de las leyes penales debe entenderlas en el encuadre constitucional, o sea, que *el saber del derecho penal debe estar sujeto siempre a lo que informe el saber del derecho constitucional.*

En efecto: históricamente, es casi inextricable la dinámica de ambos saberes, ya que el derecho constitucional avanza como una constante lucha contra el descontrol del poder y para ello se vale de dispositivos penales. En cierto modo se puede afirmar que el derecho penal constitucional (las disposiciones penales constitucionales) precedió al propio saber del derecho penal.

2. El *nexo funcional entre ambos saberes* lo pone de manifiesto la caracterización del derecho penal como un

* Publicado en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", año V, número 9, Bs. As., 2001.

apéndice del derecho constitucional, en razón de ser el instrumento de contención del Estado de policía que permanece encapsulado dentro de todo Estado de derecho históricamente dado. De aquí se deriva que, en una exposición del saber penal consciente de estos vínculos, sea prácticamente imposible concentrar temáticamente sus relaciones con el derecho constitucional, dado que ellas son constantes y surgen a lo largo de todo el desarrollo. La práctica de reducirlo a un punto de éste es producto de la mera consideración vinculante formal, que pierde sentido cuando resulta insertado el vínculo funcional político que los amalgama. Por ello, aquí cabe sólo subrayar algunas cuestiones concretas del derecho internacional de los derechos humanos contenidos en la Constitución argentina que, por las modalidades de ellas, impactan directamente al penalista.

3. Sabido es que a partir de la última posguerra se desarrolló una rama de derecho internacional público que cobró importancia vital: *el derecho internacional de los derechos humanos.*

La *internacionalización de los derechos humanos* no fue un fenómeno secundario, sino un cambio de paradigma que implica la más importante de las transformaciones jurídicas del siglo XX. El neocolonialismo no se percató del riesgo que provocaba la revolución tecnológica bajo el paradigma de la jerarquización biológica de la humanidad hasta que, en la guerra de 1939-1945, el biologismo proporcionó material de justificación al nazismo y otras ideologías sirvieron para legitimar toda forma de aniquilación masiva, incluyendo el primer ataque nuclear a población civil: se aniquilaron millones de seres humanos en nombre de la humanidad y de la justicia.

Terminada la parte aguda del horror bélico, se impuso el cambio de paradigma en procura de un marco general del futuro discurso jurídico y político, y ésta es la función que cumplió la Declaración Universal del 10 de

diciembre de 1948, como acto limitativo de las ideologías. Desde entonces, la Declaración y todo el andamiaje (siempre en construcción) de un sistema internacional de garantías para los derechos humanos, van configurando el límite positivizado que se aspira imponer a las ideologías que legitimen el control social en cualquier parte del planeta. Aunque ese objetivo esté lejos de lograrse, se va generando un coto jurídico positivizado que sirve de referencia.

4. La aspiración de la positivización internacional de los derechos humanos es el establecimiento de una antropología jurídica mínima y de controles jurisdiccionales internacionales que tiendan a preservar sus pautas en todo el planeta. Si bien esta empresa apenas comienza, su importancia está fuera de toda duda.

Pese a que la Declaración Universal de 1948 no tenía el valor de ley internacional (tratado), tomó cuerpo la tendencia a considerarla *ius cogens* como parte de la Carta de la ONU, criterio que se asumió en la Conferencia de Teherán de 1968. En 1966 se aprobaron los *Pactos Internacionales (el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, en vigencia desde 1976. A partir de entonces, puede afirmarse la existencia de un sistema mundial de derechos humanos con organismos propios y basado en tratados.

En el orden regional, el primer documento fue la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* de la Organización de los Estados Americanos de 1948, cuya fuerza vinculante planteó opiniones análogas a las sostenidas respecto de la Declaración Universal. La convención regional es el *Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos* de 1968, que entró en vigencia diez años más tarde. El sistema americano se inspira en el europeo, establecido por el *Convenio Europeo de Derechos Humanos o*

Convención de Roma de 1950, en vigencia desde 1953, y sobre análogo modelo se va configurando el sistema regional africano.

5. Este considerable esfuerzo jurídico se desarrolla con las demoras y dificultades de los imponderables de la política internacional, pero en general se puede observar una tendencia progresiva. Junto con el proceso de *internacionalización* se produjo la *globalización* de los derechos humanos, o sea, que se superó la vieja disputa entre derechos individuales y sociales, a la par que surgen los llamados *derechos de tercera generación*, como el derecho al desarrollo o al medio ambiente. Este último reconoce un volumen normativo muy considerable: más de trescientos tratados multilaterales y de novecientos bilaterales. Al mismo tiempo, si bien no puede negarse que el derecho internacional de los derechos humanos es parte del derecho internacional público, no es menos cierto que, dentro de éste, adquiere particular configuración, con reglas propias que en cierta medida lo apartan de las generales del derecho de los tratados: por ejemplo, en materia de derechos humanos la cláusula *rebus sic stantibus* no tiene vigencia, o sea que la violación de un tratado por una de las partes no autoriza a la otra a violarlo.

6. Entre sus particularidades, cabe consignar que esta rama del derecho internacional proporciona un fortísimo impulso a la persona humana como sujeto suyo, al reconocerle el carácter de denunciante activo en los sistemas internacionales. Esto no puede confundirse con la pretensión indiscriminada de considerar a los particulares como sujetos activos de las violaciones de derechos humanos (injustos o ilícitos *iushumanistas*), propugnada por quienes procuran neutralizar los efectos de todo el movimiento. En efecto: *los particulares pueden ser autores de delitos, pero no de ilícitos iushumanistas, que, en general, sólo pueden ser cometidos por los Estados.*

Los Estados pueden desproteger a las personas dejando que otros particulares cometan impunemente delitos contra ellas, lo que viola la cláusula frecuentemente consagrada en los tratados (*"Las altas partes contratantes se comprometen a respetar y hacer respetar..."*) e implica un injusto *iushumanista* por omisión, pero los particulares que al amparo de esta omisión lesionan los derechos ajenos incurren en delitos, nacionales o internacionales, según el caso. El argumento contrario es una racionalización que pretende ensayar una legitimación de la cláusula *rebus sic stantibus* (que no rige en esta materia) no ya entre los Estados, sino entre éstos y sus habitantes: *el Estado sólo estaría obligado a respetar los derechos humanos de los habitantes que los respeten.* Como se observa, es la premisa necesaria para aniquilar todos los efectos de este enorme esfuerzo internacional.

Depende de la forma en que se consideren las relaciones entre los derechos internacionales de derechos humanos y humanitarios, la amplitud con que puede matizarse el principio de que el sujeto activo del ilícito *iushumanista* sólo puede ser el Estado, pues cabe advertir que el principio no es absoluto, aunque en un sentido muy distinto a las ideologías de seguridad: el reconocimiento de beligerantes en negociaciones y pactos, impone también a éstos la obligación de respetar los derechos humanos y los deja sometidos a eventuales sanciones internacionales.

7. En todos los instrumentos internacionales de derechos humanos hay expresas referencias al derecho penal y al derecho procesal penal, lo cual permite crear un cuerpo de jurisprudencia internacional de formidable importancia, que en el orden regional americano tiene como fuente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José). Este cuerpo creciente de doctrina penal constituye un importante paso para el control de la arbitrariedad de los gobiernos y de los tribunales na-

cionales. Si bien no todos los países que se hallan en el sistema americano de derechos humanos reconocen la competencia de la Corte Interamericana, esto carece de importancia práctica, pues la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no opera sólo en función del Pacto de San José de Costa Rica, sino también de la Carta de la OEA, de modo que la Comisión, ante injustos *iushumanistas* por parte de países que no reconocen la competencia de la Corte, ha adoptado la práctica de requerir de ésta un dictamen y hacerlo suyo. Dado que la Comisión tiene origen en la Carta de la OEA, puede imponer sanciones aun a países que no han ratificado la Convención Americana, como los Estados Unidos –que fueron condenados por la ejecución de adolescentes– en función de la violación de la Declaración Americana.

8. En 1984 la Argentina ratificó la Convención Americana (ley 23.054) y en 1986 los Pactos Internacionales (ley 23.313), de modo que desde esas fechas se halla plenamente vinculada a los sistemas regional y universal. Por consiguiente, esos instrumentos forman parte del derecho nacional y la construcción del derecho penal debe hacerse incorporando sus principios como ley suprema. Sin embargo, no faltaron quienes desconocieron el art. 31 constitucional, basados en la tesis del *doble Derecho*, según la cual el derecho internacional obliga a los Estados, pero no es parte del derecho interno hasta que no se lo incorpora a la ley interna. Según esta teoría, los jueces debían aplicar la ley interna aunque fuese contraria al texto expreso de la ley internacional, en forma tal que el derecho interno los obligaría a ser partícipes en la comisión de un ilícito internacional. El dualismo es una tesis superada en el derecho internacional contemporáneo, en tanto que el monismo (según el cual la norma internacional es directamente aplicable al orden interno, sin necesidad de acto de recepción), domina desde KELSEN, VERDROSS y otros autores, reconociendo

su origen en BLACKSTONE y el derecho anglosajón, de donde, a través de la Constitución de los Estados Unidos, llegó a la nuestra de la mano de ALBERDI, quien sostenía que *"el Derecho es uno"* y predicaba *"dejemos de concebir tantos Derechos como actitudes tiene el hombre sobre la tierra"*.

La difusión del dualismo en materia de derecho internacional de los derechos humanos tiene origen espurio: la unidad del derecho o teoría monista fue admitida después de la Convención de Roma de 1950 por Italia, Alemania y Austria, en tanto Francia –debido al problema argelino– ratificó la Convención muchos años más tarde, pero *Gran Bretaña si bien la ratificó, adoptó la tesis del doble Derecho para aplicarla en sus colonias,* lo que dio lugar a una larga controversia doctrinaria. Gran Bretaña fue el primer país que ratificó la Convención de Roma y, al adoptar la tesis criticada, traicionó tanto el sentido de la Convención como su tradicional posición respecto del derecho internacional, para lo cual apelaba a una cuestión meramente semántica: a propuesta del delegado belga, la Convención dice que los Estados se "*comprometen a reconocer*", en lugar de "*reconocen*".

9. Y los defensores de la dictadura de 1976-1983 se afiliaron periodísticamente a la tesis del doble Derecho y en una insostenible inconstitucionalidad de las ratificaciones de los tratados: sus opiniones no fueron más que reiteraciones de las posiciones de la ex Unión Soviética sobre la materia. La jurisprudencia fue oscilante, especialmente cuando se planteó la racionalidad del límite temporal del encarcelamiento preventivo. Esta situación incierta perduró hasta que la Corte Suprema se pronunció por la tesis monista en "Ekmekdjian, Miguel A. c./Sofovich, Gerardo y otros", el 7 de julio de 1992. Pese a que la Corte Suprema no hizo más que establecer qué son los principios claros de derecho internacional público –no sólo de derechos humanos, que no dejan lugar a objecio-

nes ingeniosas pero ineficaces ante los organismos y jurisdicciones internacionales–, lo cierto es que nada impedía que el criterio jurisprudencial cambiase.

En estas condiciones se llegó a la reforma constitucional en 1994, donde la cuestión quedó definida por lo dispuesto en el inc. 22 del art. 75 del texto vigente, que otorga jerarquía constitucional a varios instrumentos internacionales de derechos humanos, precisa el art. 31 en el sentido de que todos los restantes tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes, y faculta al Congreso Nacional a otorgar jerarquía constitucional a otros tratados de derechos humanos.

No caben dudas de que estas disposiciones, en estricta doctrina, son casi innecesarias, pero no es posible ignorar las dificultades que se habían sembrado en la doctrina y en la jurisprudencia y que hacían necesaria una disposición constitucional que pusiese fin a cualquier tentativa de postular el doble Derecho, permitiendo invocar en cada caso y con la necesaria seguridad, las disposiciones pertinentes como constitucionales, lo que cambia completamente la perspectiva desde los múltiples aspectos de los principios limitadores del derecho penal.

Es necesario observar que, en esta materia, la reforma de 1994 siguió la tendencia del constitucionalismo moderno que, con variables menores, recoge la tesis monista. En Europa cabe mencionar las constituciones de Portugal (art. 16.2) y de España (art. 10.2), en tanto que en América Latina la tendencia fue encabezada por la Constitución peruana de 1978 (art. 105), habiéndose enrolado en la misma Guatemala (art. 46), Nicaragua (art. 46), El Salvador (art. 144), Chile (art. 5), Paraguay (arts. 137, 141 y 145), Brasil (art. 5.2) y Colombia (art. 93).

10. La importancia del derecho internacional de los derechos humanos se pretende minimizar en América Latina por parte de cierto sector doctrinario. Esta ten-

dencia desconoce la dimensión jurídica del desarrollo de este nuevo ámbito, por lo general por dificultades provenientes de un entrenamiento jurídico formalista, o bien, por autores que están vinculados a posiciones políticas y grupos responsables de gravísimos injustos *iushumanistas* en la región, y muy particularmente entre nosotros. Estas posiciones tuvieron claro eco parlamentario en los argumentos de la minoría que se opuso a la inclusión del vigente inc. 22 del art. 75, durante su debate en la Convención Constituyente de Santa Fe, en 1994.

La minimización del derecho internacional de los derechos humanos pierde de vista su general sentido histórico, reducido a un puro juego normativo, afirmando que la Declaración Universal es una mera expresión de deseos de contenido ético y no jurídico. En realidad, *si el resto del Derecho no sirve para preservar los contenidos de esa declaración, no es útil al ser humano y queda reducido a un mero ejercicio de poder al servicio de los sectores hegemónicos, o sea que, deslegitimando a todo el derecho como mero ejercicio de poder, se legitima cualquier violencia que se le oponga.*

11. En este momento, el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos como una suerte de *droit de droits* y el del poder punitivo internacional son incompatibles, como siempre lo es el *iushumanismo* y el poder punitivo. En el plano ideológico, los derechos humanos retoman los límites penales del siglo XVIII, es decir, de un movimiento diacrónico (históricamente incompatible) con la *inquisitio* del siglo XIII, que es el sendero por el que camina el poder punitivo internacional en nuestros días (principio *male captus, bene detentus;* espías jueces, fiscales y testigos anónimos; impunidad de los delatores; limitación de la defensa; etc.). En la medida en que el derecho internacional penal herede del derecho penal dominante, el discurso legitimante del poder punitivo y se convierta él mismo en un discurso

legitimante de éste, será contradictorio con los derechos humanos. Si tiene la sagacidad de asumir un discurso limitador y reductor, cumplirá una función útil, no porque sea compatible con los derechos humanos considerados como discurso abstracto, sino porque podrá contener al poder punitivo dentro de los límites compatibles con el promedio de realización efectiva de éstos, en un determinado momento histórico. Pero en este caso no será funcional al poder hegemónico mundial, lo que le acarreará serias dificultades. No es sencillo apostar a que adopte el camino más difícil, particularmente porque se tratará de un campo dominado por personas con entrenamiento ajeno al saber penal, es decir, provenientes de agencias políticas diplomáticas y de las burocracias internacionales, cuyos respectivos intereses corporativos rara vez coinciden con la intención del poder punitivo.

¿QUÉ QUEDA DEL FINALISMO EN LATINOAMÉRICA?[1]

1. La esencia del aporte del ontologismo welzeliano

En el transporte del finalismo a América Latina, muchas veces, desde una perspectiva notoriamente estrecha, se limitó su aporte al aspecto sistemático de la teoría del delito. Si bien éste es innegable, lo cierto es que el tipo complejo había sido concebido por Hellmuth von Weber en 1929[2] y por Alexander Graf zu Dohna en 1936[3], y que su innovadora perspectiva del tipo culposo es una creación tardía dentro de la sistemática welzeliana[4]. Esta estrechez conceptual pasa por alto la esencia innovadora de su fundamento realista, especialmente en cuanto a la teoría del conocimiento que asumió como punto de partida, o sea, en la aplicación de la teoría de las *estructuras lógico-reales* (*sachlogischen Strukturen*) a la elaboración jurídico-penal, que contras-

[1] Dedicamos este trabajo a la memoria de Alessandro Baratta, por su generosidad con nuestra región y que se nos fue cuando más lo necesitábamos. Nápoles, 2002.

[2] Weber, Hellmuth von, *Grundriss des tschekoslowakischen Strafrechtes*, Reichenberg, 1929, pp. 13 a 19; especialmente, *Zum aufbau des Strafrechtssystems*, Jena, 1935.

[3] Dohna, Alexander Graf zu, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 1ª ed. Bonn, 1936.

[4] Welzel en un momento se refirió a la "finalidad potencial" en la culpa, lo que le fue criticado y determinó su nueva elaboración. Sobre las críticas a esta primitiva elaboración, Niese, Werner, *Finalität, Vorsatz und Fahlässigkeit*, Tübingen, 1951; Rodríguez Muñoz, José Arturo, *La doctrina de la acción finalista*, reed. Valencia, 1978.

taba frontalmente con el punto de partida de la construcción neokantiana[5].

Cuando se lo valora desde esta visión de conjunto más amplia, el finalismo aparece enmarcado en un fuerte movimiento de renovación del pensamiento jurídico alemán inmediatamente posterior a la culminación de la contienda mundial y que corresponde a la etapa de reconstrucción o fundacional de la República Federal[6]. La tónica de los primeros años de posguerra presentaba marcados acentos *iusnaturalistas* y respondía a la necesidad de proveer a los jueces argumentos limitativos de la potestad del legislador, en un momento en que el constitucionalismo aún carecía de ley fundamental o era incipiente su vigencia, la confianza en su estabilidad estaba debilitada con la triste experiencia de Weimar, y el derecho internacional de los derechos humanos sólo contaba con una Declaración y estaba huérfano de todo instrumento convencional universal, y el regional europeo (Convención de Roma) aún no existía o no había cobrado real vigencia. Siguiendo esta corriente, la jurisprudencia constitucional de la época en varias ocasiones apeló a argumentos *iusnaturalistas*. En este contexto la teoría de las estructuras lógico-reales forma parte de la apelación general a la *naturaleza de las cosas*[7] y

[5] MEZGER, Edmund, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlin-München, 1950.

[6] Una idea de este contexto en JACOBSEN, Hans Adolf–DOLLINGER, Hans, *110 Jahre Deutsche Geschichte. Vom Keiserreich zum Bundesrepublik*, München, 1979, pp. 260 y ss.

[7] En torno de la "naturaleza de las cosas" se produjo una impresionante bibliografía en su momento, tanto a favor como crítica. Sin ánimo de agotarla, vale la pena mencionar la siguiente: RADBRUCH, Gustav, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, en "Fest. f. Rudolf Laun"; TJONG, Zong Uk, *Über die Wendung zum Naturrecht bei Gustav Radbruch*, en "ARSP", LVI, 1970; BALLWEG, Ottmar, *Zu einer Lehre der Natur der Sache*, Basel, 1960; SCHAMBECK, H., *Der Begriff der "Natur der Sache"*, Wien, 1964; RECASENS SICHEZ, Luis, *Experien-*

es la menos pretensiosa de sus manifestaciones[8], calificada incluso como una suerte de derecho natural en sentido negativo[9]. El propio WELZEL se hizo cargo de la limitada ambición de su *iusnaturalismo* existencial (por oposición al idealista)[10], advirtiendo que mayor consuelo sólo puede buscarse en el convento[11].

El propio autor formuló la síntesis de su teoría, rechazando el pretendido caos del mundo real propio del neokantismo, para afirmar la existencia de un mundo con pluralidad de órdenes a las que se vincula el legis-

---

cia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable", México, 1971; MAIHOFER, Werner, *Droit naturel et natur des choses*, en "ARSP", LI, 1965; del mismo, *Recht und Sein*, Frankfunrt, 1954; también, *Naturrecht als Existenzrecht*, Frankfurt, 1963; STONE, Julius, *The "nature of things" on the way of Positivismus?*, en "ARSP", L, 1964; GARZÓN VALDÉZ, Ernesto, *Über das Verhältnis zwischen dem rechtlichen Sollen und dem Sein*, en "ARSP", LI, 1965; DIETER, Lerner, *Die Verbindung von Sein und Sollen als Grundproblem der normativen Kraft der "Natur der Sache"*, en "ARSP", L, 1964; TAMMELO, Ilmar, *The "Nature of things" and the objective import of value judgements*, en "ARSP", LV, 1969; KAUFMANN, Arthur, *Analogie und Natur des Sache*, Karlsruhe, 1965; del mismo, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Tübingen, 1967; BARATTA, Alessandro, *Gedanken zu einer dialektischen Lehre von der Natur der Sache*, en "Gedächnisschrift f. G. Radbruch", Göttingen, 1968; del mismo, *Juristische Analogie und Natur der Sache*, en "Fest. f. Erik Wolf", Frankfurt, 1972; CEREZO MIR, José, *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, en "Rev. Gral. De Legislación y Jurisp.", Madrid, 1961; STRATENWERTH, Günther, *Die rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"*, Tübingen, 1957; FECHNER, Erich, *Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1956; del mismo, *Rechtsphilosophie, Soziologie und Methaphysik des Rechts*, Tübingen, 1962.

[8] BARATTA, Alessandro, *Il problema della natura del fatto. Studi e discusioni negli ultimi dieci anni*, en "An. Bib. di Filosofia del Diritto", 1968, pp. 227 y ss.

[9] Asi, Julius MOOR, cit. por ENGISCH, Karl, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, München, 1971, p. 240.

[10] WELZEL, Hans, *Naturrecht und materiale Gerechtigkait*, Göttingen, 1962, pp. 236 y ss.

[11] WELZEL, Hans, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, en "Fest. f. Niedermayer", Göttingen, 1953.

lador y el derecho, y cuyo desconocimiento provoca ineficacia, salvo el de la estructura lógico-real fundamental, que es el que vincula el derecho con la persona, cuya quiebra implica la negación misma de la juridicidad[12]. Sin duda que estas preocupaciones de WELZEL estaban próximas a las de Gustav RADBRUCH, puesto que ambos compartieron las mismas vivencias trágicas de su historia nacional: el acento preferencial por la seguridad jurídica de RADBRUCH y la excepcionalidad de la negación del derecho en nombre de la justicia[13] tienen marcado paralelismo con la mera ineficacia que reconoce WELZEL a la quiebra de las estructuras lógico-reales y a la excepcional consecuencia del desconocimiento de la estructura fundamental, como también a la curiosa expresión con que descarta las teorías más ambiciosas.

2. LA TELEOLOGÍA POLÍTICA CONSTRUCTIVA DE WELZEL

De todas formas, como nunca es posible construir una teoría del derecho penal privada de teleología política, ésta se manifestaba expresamente en WELZEL de modo diáfano: construía su derecho penal asignándole como objetivo la reafirmación de los valores elementales de la sociedad[14]. De allí deducía que cuanto más elemental es un valor (o sea, cuando de más elemental cumplimiento es la regla que prohíbe su lesión), mayor es la reacción punitiva frente a las conductas que lo

[12] Ver ob. cit. y *Das Recht als Gemeinschaftsordnung. Einleitung zur Rechtsphilosophie*, en "Fest. f. Heinrich Henkel", Berlin, 1974, pp. 11 y ss.

[13] Sobre ello, con abundante información, VASSALLI, Giuliano, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2001.

[14] WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Berlin, 1969, p. 5.

ofenden[15]. No es posible ignorar que esta teleología política constructiva, conocida y discutida como *etización del derecho penal*, se complementaba con su tentativa de limitar la amplitud de la potestad legislativa bajo el mismo marco político de su tiempo: después del desastre provocado por un Estado criminal, era necesario el refuerzo de los valores sociales elementales por parte del poder público, para preservarse a sí mismo como Estado de derecho.

La etización welzeliana no sólo requería el respeto por la estructura lógico-real fundamental que vincula el derecho con la persona, sino que también demandaba la observancia de las restantes, pues de lo contrario el derecho penal carecería de eficacia, es decir, no lograría su objetivo ético de refuerzo de los valores elementales y, aunque siguiese siendo derecho, sería un derecho penal ineficaz. Precisamente esta condición es lo que le impulsa a sostener un concepto de acción o conducta anclado en lo óntico-ontológico, o sea su famoso *concepto finalista de la acción*, que luego llamará también *acción biocibernéticamente anticipada*[16] y que tiene gran similitud con el esquema de Nicolai HARTMANN, aunque precisa que ambos se nutrieron de la misma fuente en psicología[17].

[15] Ibídem.

[16] WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969, p. 37.

[17] La procedencia de HARTMANN la señaló Karl ENGISCH (*Der finale Handlungsbegriff*, en "Fest. f. Kohlrausch", Berlin, 1944, pp. 141 y ss.) y Thomas WÜRTEMBERGER (*Der geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Karlsruhe, 1959, p. 6). WELZEL respondió (en el prólogo de *Das neue Bild der Strafrechtssystem*) que tanto él como HARTMANN habían tomado la idea de R. HÖNIGSWALD, *Die Grundlagen der Denkpsychologie*, reimp. Darmstadt, 1965. Una investigación sobre las fuentes señaladas por WELZEL, TJONG, Zong Uk, *Der Ursprung und die philosophische Grundlage der Lehre von den "sachlogischen Strukturen" im Strafrecht*, en "ARSP", 1968, pp. 411 y ss.

Este concepto lo contrasta con el de acción como construcción jurídico-penal del neokantismo de Baden[18]. Sobre esa base suprime WELZEL la duplicidad de conceptos de acción (óntico y jurídico) de esa corriente, para reivindicar un único concepto de acción. Desde la perspectiva de su teoría de las estructuras lógico-reales, un derecho penal eficaz requería un concepto jurídico de acción que coincidiese con el óntico-ontológico.

3. ¿HASTA QUÉ PUNTO SU CONCEPTO DE ACCIÓN ERA ÓNTICO ONTOLÓGICO?

WELZEL no pretendía que su concepto de acción fuese universal, o sea, válido para todos los saberes o ciencias. Semejante pretensión hubiese sido omnipotente e irracional, pues importa nada menos que aspirar al agotamiento del conocimiento del protagonista de la acción, esto es, del ser humano. Nunca la antropología filosófica subyacente en el pensamiento welzeliano podía pretender semejante desatino. Por ende, no podía sustentar un concepto de acción impuesto desde lo óntico, pues ese concepto necesariamente hubiese sido universal. *Y aquí aparecía una contradicción nunca bien explicada: si el concepto era óntico, debía ser universal, y si no era universal, no podía ser óntico (en el sentido de que la realidad lo proporcionaba o imponía). Si no era universal no era óntico y, por ende, era jurídico-penal.*

WELZEL mismo nunca aclaró esta aparente contradicción, quizá porque quedó envuelto en su propia terminología, que al fin resultó poco clara, y en medio del debate hubiese sembrado más confusión al aceptar que su concepto también era jurídico-penal. Por otra parte, qui-

[18] MEZGER, Edmund-BLEI, Hermann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 1968, pp. 50 y ss.

zá el mismo objetivo político general de su construcción del derecho penal lo dificultaba: el desvalor, que radicaba en el choque con los valores elementales, requería la voluntad en la acción y su relevamiento penal en el tipo, y aceptar que ese desvalor recaía sobre una construcción conceptual jurídica era bien difícil. Es poco discutible que en este sentido WELZEL volvía a fuentes aristotélicas y escolásticas –especialmente a DUNS ESCOTO [19]– y no era nada sencillo compatibilizar éstas con un concepto jurídico-penal de la acción desvalorada.

4. ¿EL DEBATE "FINALISMO-CAUSALISMO" FUE UNA CONFUSIÓN?

¿Significa esto que el neokantismo llevaba la razón? ¿Estaba en la verdad éste cuando mantenía la duplicidad? ¿Si el concepto final de acción era jurídico, tenía alguna ventaja sobre el concepto neokantiano conocido como *acción causal*? ¿Todo el debate fue una confusión? [20]

[19] STRATENWERTH, Günther, *Die Naturrechtslehre des Johannes Duns Scotus*, Göttingen, 1951.

[20] De la magnitud del debate da idea la enorme producción sobre el tema en la época. Sin pretensión de agotarlo, sirva de ejemplo recordar: WELZEL, Hans, *Um die finale Handlungslehre*, Tübingen, 1949; del mismo, *Vom bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechswissenschaft*, Marburg, 1964; WOLFF, E. A., *Der Handlungsbegriff in der lehre vom Verbrechen*, Heidelberg, 1964; BUSCH, Richard, *Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre*, Tübingen, 1949; MEZGER, Edmund, *Moderne Wege*, cit., y del mismo, *Die Handlung im Strafrecht*, en "Fest. f. Theodor Rittler", pp. 119 y ss.; NIESE, Werner, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen, 1951; MAIHOFER, Werner, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, Tübingen, 1953; del mismo, *Der soziale Handlungsbegriff*, en "Fest. f. Eb. Schmidt", 1961, p. 156; JESCHECK, Hans-Heinrich, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung*, en "Fest. f. Eb. Schmidt", 1961, p. 139; RITTLER, Theodor, *Die finale Handlungstheorie im Strafrechtssystem Maurachs*, en "Juristische Blätter", Wien, 1955, 613; NOWAKOWSKI, Friedrich, *Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit*, en "JZ", 1956, 36; etc.

Estimamos que a algunas décadas de distancia, pasado el debate con el neokantismo, superado el marco político de su época y poniendo entre paréntesis de momento la teleología etizante del derecho penal, es posible plantear más claramente la cuestión. En efecto: el concepto welzeliano de acción era jurídico-penal. La acción o conducta humana nunca puede ser un concepto universal desde la perspectiva de una disciplina particular. Cada disciplina lo construye conforme a sus específicos intereses o preguntas. La sociología releva los aspectos interactivos; la psicología reflexológica y la conductista, sus aspectos manifiestos; la profunda, sus motivaciones inconscientes, etc. Y el finalismo welzeliano relevaba los aspectos necesarios para el juicio o desvalor de ilicitud o antijuridicidad. No relevaba la motivación porque no hace al injusto (*Unrecht*) y menos la motivación inconsciente, que sólo podrá ser una cuestión de ámbito de decisión relevante para la culpabilidad, aunque ónticamente no haya acción humana sin motivación consciente o inconsciente. No era un concepto óntico (impuesto por la realidad), sino un concepto jurídico-penal, elaborado a la medida de lo necesario para establecer el juicio de antijuridicidad.

Pero el concepto finalista es óntico en otro sentido: *toma de la realidad lo que necesita para cumplir con la finalidad política que le asigna al derecho penal, pero sin inventar lo que en la realidad no existe, a diferencia del neokantismo, que inventaba una voluntad sin finalidad.* Deja fuera la motivación y se queda con la voluntad, pero tal como se da en el mundo, o sea, con finalidad. Construye teleológicamente su concepto de acción jurídico-penal, tomando del mundo lo que necesita para la función que le asigna, pero sin inventar elementos o componentes que no existen en el mundo. Respeta el mundo, no lo inventa; lo que construye es el concepto de acción que, *como todo concepto del derecho penal,*

cumple una función de poder, simplemente porque está destinado a orientar las decisiones de un poder del Estado. Hoy puede verse más claro que *lo óntico no impone un concepto determinado de acción, pero señala un límite infranqueable a la construcción jurídico-penal del concepto. Los datos ónticos son una barrera en la construcción de los conceptos, pero no los imponen, sólo los condicionan.*

Esta limitación constructiva puede llamarse *respeto del mundo*, y no está reducida al plano de la acción, sino que es una regla general para la construcción teórica del derecho penal. En esto –a nuestro juicio– radica el aporte más importante del finalismo. En este sentido implica un giro copernicano respecto de las libres construcciones del neokantismo, que le permitieron transitar los peores momentos políticos refugiado en un mundo imaginario. El derecho penal que no respeta el mundo puede construirse como una técnica aséptica para resolver casos concretos, que permita a los jueces pasar impávidos por sobre los datos más terroríficos de la realidad. La ventana al realismo que abrieron las estructuras lógico-reales impide este autismo tecnocrático. El mundo existe, tiene órdenes, puede construirse la teoría penal con el objetivo político que se quiera, pero esos órdenes deben respetarse; el ser del mundo debe respetarse. De lo contrario, el derecho penal pierde toda eficacia para sus fines políticos manifiestos (sin perjuicio de que la tenga para los latentes, que prohíbe mencionar, porque los relega a un mundo extraño al jurídico y con el cual no se admite contaminación).

Por supuesto que esto abre una perspectiva totalmente innovadora respecto del falso ontologismo del positivismo criminológico y del constructivismo libérrimo del neokantismo. Sus consecuencias asustaron a muchos. Con toda razón algún reaccionario sagaz lanzó, en nuestra región, el rumor de que era una teoría *subver-*

siva y *comunista*. Otro, en una perfecta muestra de proyección psicológica, sostuvo que mencionar datos que el legislador no incorporó era una *ideologización política* del derecho penal[21]. El aporte de WELZEL fue, precisamente, abrir la ventana del derecho penal, romper el candado que le vedaba la visión del mundo, aunque deslumbrado por la luz y limitado por su posición en el tiempo no sacase de eso todas las consecuencias, lo cual no era humano exigirle.

5. LAS CIENCIAS SOCIALES VERIFICAN LA QUIEBRA DE LAS ESTRUCTURAS LÓGICO-REALES

Al mismo tiempo que llegaba el ocaso del debate entre causalismo y finalismo en el derecho penal alemán, la sociología norteamericana sumaba nuevos aportes a otros más venerables y ponía de manifiesto las falsedades que sobre la realidad del ejercicio del poder punitivo eran más corrientes en la construcción de la teoría penal y, sobre todo, en las pretendidas teorías de la pena y sus efectos de *sentido común*. Con el funcionalismo de Robert MERTON, la teoría de las subculturas, la asociación diferencial de SUTHERLAND, el interaccionismo simbólico de MEAD, el etiquetamiento (*labelling approach*), la construcción social de la realidad descripta por las corrientes fenomenológicas y otras contribuciones, se había ido formando una criminología norteamericana de corte liberal, cuyas conclusiones no era posible negar. Cabe destacar que no se trataba de la criminología crítica ni de la radical, sino de la que se nutría de las tendencias corrientes en la sociología estadounidense. Bastaba con esta sociología, en parte bastante

[21] BAYARDO BENGOA, Fernando, *Dogmática jurídico-penal. Reformulación y perspectivas*, Montevideo, 1983, p. 28.

tradicional e incluso fuertemente criticada por los radicales[22], para que los datos del *sentido común* incorporados a la dogmática jurídico-penal –y que hasta ese momento se habían admitido como verdad de fe– quedasen desbaratados.

Alessandro BARATTA, que por cierto dedicó importantes trabajos al movimiento filosófico-jurídico de los primeros años de posguerra, en un breve artículo publicado en 1979, hizo el balance de esta demolición, afirmando que las llamadas *teorías del sentido común* (las *everyday theories*) eran desmentidas desde el campo sociológico. Esquematizaba el núcleo de la ideología penal introducida en la dogmática en los siguientes principios: *a*) del bien y del mal, conforme al cual el delito es el mal y la sociedad el bien (puesto en crisis por la teoría de la anomia); *b*) de culpabilidad (puesto en crisis por las teorías de las subculturas); *c*) de legitimidad, según el cual el poder punitivo expresa la voluntad de la sociedad (puesto en crisis por las teorías psicoanalíticas); *d*) de igualdad (demolido por el etiquetamiento); *e*) del fin y la prevención, según el cual la pena cumple fines preventivos en la realidad social (puesto en crisis por todas las investigaciones que muestran el efecto reproductor, como la llamada desviación secundaria)[23].

BARATTA planteaba una alternativa que reflejaba la encrucijada en que –sin duda– se hallaba la dogmática jurídico-penal: *a*) una consistía en mantener la desintegración del saber sobre la cuestión criminal que había

[22] Por todos, TAYLOR-WALTON-YOUNG, *The New Criminology. For a Social Theory of Deviance*, London, 1973.

[23] BARATTA, Alessandro, *Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica*, en "La Questione Criminale", anno V, n. 2, maggio-agosto 1979. En este artículo adelantaba parte de su contenido del libro que publicaría tres años más tarde: *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, 1982.

inaugurado el neokantismo de BADEN y que MEZGER había reafirmado en la posguerra[24] y profundizarlo por ese o por otro recurso metodológico, ampliando la brecha entre un derecho penal basado en afirmaciones de *sentido común* que eran sociológicamente falsas; *b*) y otro, sobre el que daba pocas pistas, que consistía en crear un nuevo modelo integrado de derecho penal y criminología, por supuesto que muy diferente al del viejo positivismo criminológico peligrosista nutrido de racismo y reduccionismos biologizantes, como producto de una alianza de las corporaciones policiales con las médicas de la última parte del siglo XIX.

6. EL DESARROLLO POSTERIOR DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL TOMÓ EN CUENTA LA SOCIOLOGÍA

El riesgo para la dogmática jurídico-penal tradicional era enorme, porque a través de la ventana abierta por WELZEL amenazaba con introducirse la sociología norteamericana que nutría la criminología liberal y, a modo de vendaval, poner a volar todos los papeles del derecho penal. El mundo imaginario del derecho penal caería como un castillo de naipes al menor soplo de esta información. Aunque la dogmática jurídico-penal no hubiese cumplido sus promesas de ofrecer seguridad de respuesta y certeza en la previsión de las decisiones judiciales, de cualquier modo representaba un mínimo garantizador que corría el riesgo de desaparecer ante lo que se presentaba como la amenaza de un reduccionismo sociológico o político del discurso penal, frente al que no se vislumbraba el surgimiento de un nuevo sa-

[24] MEZGER, Edmund, *Neue Wege*, citado.

ber jurídico-penal alternativo. El penalismo no podía menos que experimentar cierto grado de pánico[25].

No puede extrañar que casi todo el penalismo intentase cerrar la ventana al realismo abierta por WELZEL con su teoría de las estructuras lógico-reales, para preservar la casa de la tormenta que ya se anunciaba con grandes nubarrones. Pero los primeros golpes de viento habían pasado. Aunque el grueso de la doctrina no hubiese optado por la teoria de las estructuras lógico-reales, ya nada era igual. El derecho penal no podía ignorar a la sociología, so pena de caer en el ridículo. De alguna manera debía incorporarla, para mantener su jerarquía científica. Si bien la mayoría de la producción manualística de los años siguientes parece orientarse por un camino *pragmático* que no se hace cargo del problema y se limita a perfeccionar o repetir esquemas teóricos *clasificadores* que asumen el tipo complejo al estilo de Hellmuth von WEBER[26], no es menos cierto que las innovaciones que desde el ocaso del finalismo han pretendido introducirse se hacen cargo de la necesidad de tener en cuenta la ciencia social, salvo el poswelzelianismo –hoy casi abandonado– del puro desvalor de acto[27].

Las dos grandes exposiciones alemanas de conjunto más salientes y que innovan después del finalismo[28] re-

[25] En parte también lo experimentamos. En una primera reacción intentamos responder los argumentos de BARATTA (*Criminología y derecho*, en XXIX Curso Internacional de la Asociación Internacional de Criminología, Fundación Bartolomé de Carranza, Pamplona, 1980). La reflexión posterior nos convenció de que la tentativa era infructuosa.

[26] Von WEBER, Hellmuth, *Grundriss der Deutschen Strafrechts*, Bonn, 1946.

[27] ZIELINSKI, Diethart, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlin, 1973; KAUFMANN, Armin, *Objektive Zurechnung bei Vorsatzdelikt?*, en "Fest. f. Jescheck", Berlin, 1985, pp. 251 y ss.

[28] ROXIN, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*, 1ª ed., München, 1991; JAKOBS, Günt-

chazan la teoría de las estructuras lógico-reales, aunque –cada una a su modo– intenta tomar en cuenta la ciencia social. En JAKOBS expresamente y en ROXIN de modo tácito, se apela al funcionalismo sistémico sociológico. El funcionalismo sistémico parecía ofrecer la posibilidad de no ignorar la ciencia social, sin necesidad de mantener abierta la ventana welzeliana. En este sentido, tomando en cuenta el marcado tinte preventivista especial de la teoría de ROXIN, su tentativa de vincular estrechamente la teoría del delito con la política criminal y, sobre todo, el marco ideológico en el que fue elaborando su sistema y el del *alternativ Entwurf* (vinculado al Estado de bienestar y a su consiguiente disminución de *factores sociales* del delito, desde la perspectiva de una criminología etiológica), es difícil negar una influencia –directa o indirecta– de la concepción sistémica de la sociedad de Talcott PARSONS, como sociólogo del *New Deal*[29]. En la teoría de Jakobs, por su parte, es expresa la referencia al funcionalismo sistémico de Niklas LUHMANN[30].

El atajo que tomó la dogmática penal poswelzeliana para cerrar la brecha con las ciencias sociales sin alterar mayormente los esquemas anteriores, como era de esperar, se basó en una marcada acentuación del aspecto más cerradamente sistémico del funcionalismo.

her, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch*, 1ª ed., Berlin, 1983.

[29] Una amplia bibliografía de PARSONS, desde 1928 hasta 1982, en HAMILTON, Peter, *Talcott Parsons*, Il Mulino, Bologna, 1989, pp. 179-192.

[30] LUHMANN, Niklas, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt, 1984 (*Sistemi Sociali, Fondamenti di una teoria generale*, Il Mulino, Bologna, 1990). Sobre LUHMANN son interesantes los estudios de: NAVAS, Alejandro, *La teoría sociológica de Niklas Luhmann*, Pamplona, 1989; GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, Barcelona, 1993.

Esta preferencia pasa por alto que, si bien en sociología es válida tanto una concepción sistémica como una conflictivista de la sociedad, la primera tendrá siempre dificultades para explicar el cambio y la segunda para explicar los datos de permanencia, pero que ninguna de ambas es empíricamente verificable. Lo primordial en la sociología son los datos empíricos, y la concepción de la sociedad (sistémica o conflictivista) sólo es un marco teórico explicativo: es algo así como el armario en que van las tazas. Creemos que las dos formidables construcciones poswelzelianas, más allá de sus méritos y su elevado desarrollo técnico, al incorporar bases sociológicas para evitar un espléndido aislamiento suicida de la ciencia del derecho penal, priorizan el marco teórico (el armario) y dejan los datos (las tazas) en un segundo plano. Es claro que ninguna de ambas se hace cargo del principal dato social acerca del poder punitivo, que es su *extrema selectividad*. Se incorpora el discurso sociológico al derecho penal, pero sin que las objeciones de BARATTA encuentren adecuada respuesta.

7. LAS DIFICULTADES DEL ATAJO SISTÉMICO EN LOS PAÍSES POCO INDUSTRIALIZADOS

Hace más de dos décadas sostenía BARATTA que *solo una scienza giuridica che per un periodo di tempo adeguato trasferisca il peso maggiore del proprio lavoro dalla interpretazione del diritto esistente alla critica di esso e alla progettazione del nuovo diritto può essere un'istanza esterna, non solo un'istanza interna al sistema penale, e raggiungere un campo e un grado di astrazione che le permettano di incontrarsi con la moderna criminologia al livello di questa*[31]. Era claro que depositaba poca con-

[31] BARATTA, en "La Questione Criminale", cit., p. 172.

fianza en el saber jurídico tradicional y aspiraba a un desplazamiento del eje de éste hacia la crítica de lo existente y la reforma de la ley y del sistema penal. Este reclamo debe contextualizarse advirtiendo que es previo a la transformación globalizadora del poder planetario con la ideología única del fundamentalismo de mercado y la broma del fin de la historia, perspectiva temporal desde la cual parecía cercana una rápida evolución social hacia mayores niveles de bienestar y solidaridad.

En las décadas siguientes se ha producido un notorio debilitamiento del poder decisorio de los estados nacionales menos industrializados. Conforme a directivas de burocracias internacionales fuertemente ideologizadas se impusieron modelos que provocaron graves retrocesos y depresiones, aumentaron el peso de fuertes endeudamientos que imponen reducción del consumo e impiden el crédito para el crecimiento, todo lo cual se traduce en altísimos índices de desempleo sin red de seguridad, deterioro de los salarios, reducción de los servicios de salud y educación y concentración del escaso crecimiento en beneficio de minorías, reducción marcada de las clases medias y, en general, frustración de los proyectos existenciales, con la consiguiente violencia social y elevación de los índices de criminalidad violenta[32]. A esto se agrega, dentro del propio sistema penal, un aumento de las facultades policiales, mayores ámbitos de arbitrariedad por los que se agrava la corrupción, fenómenos insólitos de criminalidad policial, deterioro del servicio público de seguridad y crecimiento de la seguridad privatizada, concentrada sobre las minorías de mayor renta, aumento de tráficos y servicios ilícitos de todo tipo, percepción de cánones ilícitos por el propio

[32] Sobre estas políticas recesivas y sus costos, en detalle: STIGLITZ, Joseph E., *El malestar en la globalización*, trad. de Carlos Rodríguez Braun, Madrid, 2002.

sistema penal con presupuestos cada vez más escuálidos y, en general, un creciente panorama caótico con marcados signos de debilitamiento social, acentuado por campañas mediáticas de *ley y orden* y por políticos desconcertados o inmorales que se montan sobre ellas proyectando y sancionando leyes penales disparatadas, que destruyen progresivamente toda racionalidad legislativa, al tiempo que las cúpulas policiales autonomizadas asumen actitudes amenazadoras para el propio sistema político, protagonizando embriones de golpes de Estado.

No nos pasa por alto que este fenómeno tiene su reflejo en los países industrializados, notoriamente preocupados por evitar el desplazamiento poblacional desde los no industrializados, con la consecuencia de la reaparición del racismo, la xenofobia, las campañas de ley y orden contra extranjeros, el etiquetamiento criminal de los inmigrantes, el surgimiento de partidos antidemocráticos que explotan también los niveles crecientes de inseguridad, pese a que éstos sean siempre muy inferiores a los de los países no industrializados[33]. No obstante, estimamos que son colegas más cercanamente vinculados a estas realidades quienes pueden valorarlas con mayor precisión.

Lo cierto es que resulta muy difícil para el teórico penal de los países menos industrializados acentuar los aspectos más fuertemente sistémicos de la teoría social y relegar a segundo plano los datos de realidad. En tanto que en los países industrializados el *labelling* suele recaer sobre los inmigrantes y sus descendientes, en los poco industrializados se nutre de las mayorías que han

[33] Aunque no sea exacto, no puede negarse la sensación de que el poder planetario actual se manifiesta en forma muy análoga al *apartheid* (sobre ello, FALK, Richard, *Predatory Globalization. A critique*, Polity Press, 1999).

caído por debajo de la línea de pobreza, que aumenta incesantemente. Por otra parte, en estos mismos países, el aumento de la violencia del sistema penal incrementa las contradicciones entre los sectores excluidos, desatando la violencia en su propio interior, lo que parece anunciarse como técnica de control social de las mayorías carenciadas.

Ninguna teoría del derecho penal nace en el vacío, sino que todas tienen un contexto de poder al que no pueden escapar, salvo fenómenos de alienación política[34]. Es la propia realidad social de los países poco industrializados que golpea la ventana abierta por WELZEL e impide su clausura e incluso el atajo de optar por los aspectos sistémicos puros. Este contexto, con sus urgencias, también relega para mejor oportunidad la pura crítica externa, con miras a un proyecto de poder diferente y más solidario, como reclamaba BARATTA, e impone que dentro del propio sistema se busque la contención inmediata del avance incontrolado del poder punitivo, como urgente demanda de los sectores forenses más esclarecidos.

8. LA TEORÍA DE LAS ESTRUCTURAS LÓGICO-REALES Y EL MOMENTO ACTUAL DE LOS PAÍSES POCO INDUSTRIALIZADOS

Si bien no es posible establecer un paralelo entre la actual situación de los países industrializados y el momento de la reconstrucción alemana en la posguerra, no puede ignorarse que el penalismo de ambos momentos tiene en común la vivencia de construir su teoría penal bajo el peso del fantasma del poder punitivo descontrolado y genocida. Las experiencias latinoamericanas de

[34] Nos ocupamos de esto en *Política y dogmática jurídico-penal*, INACIPE, México, 2002.

seguridad nacional no están lejos en el tiempo, y tras las actuales campañas de *ley y orden* y de las leyes de los políticos desconcertados, resurge la amenaza de un nuevo descontrol de las agencias ejecutivas, ahora mucho más deterioradas institucionalmente, por efecto de la corrupción alimentada por la propia autonomización de las cúpulas y el deterioro presupuestario incentivado por los recortes impuestos por las burocracias económicas internacionales.

El dato diferencial más notorio entre ambas circunstancias es que, mientras en la reconstrucción alemana se fomentaba una economía en expansión mediante los aportes del plan Marshall y la afluencia de capital, en América Latina el FMI promueve políticas recesivas con recortes sistemáticos de gastos, que en círculo vicioso reducen la recaudación fiscal y obligan a nuevos recortes, mientras el crecimiento se retarda o retrocede, con altos costos en desempleo que provocan violencia social, la cual, a su vez, quita estímulo a la inversión y acentúa el estancamiento. Todo esto se traduce en crecimiento de los niveles de conflictividad, en desintegración del *contrato social* y, por ende, de delito[35]. El delito genera alarma en las clases medias, cuya peligrosa reducción fomenta la búsqueda de *chivos expiatorios* en las minorías inmigrantes y en los excluidos y parados, estimula las campañas de *ley y orden* y los reclamos policiales de mayores poderes arbitrarios, que son fuente de mayor recaudación ilícita por parte de policías deterioradas en sus presupuestos, salarios y condiciones laborales.

En estas condiciones es fundamental apuntalar los límites jurídicos en la teorización destinada a programar las decisiones judiciales, y el camino señalado por WELZEL al legislador resulta útil, pero, aún más útil resulta ante los datos de realidad social, que no pueden quedar

[35] Sobre ello insiste STIGLITZ, ob. citada.

fuera de esa construcción, si aspira en verdad a tener algún efecto sobre el mundo. El inconveniente para el teórico es que el vendaval del mundo real entra por la ventana abierta del realismo.

Justamente por eso, el derecho penal del mundo poco industrializado *a*) no puede abjurar de los puentes con la realidad (en los que la contribución de WELZEL es fundamental) y, por otra parte, *b*) debe consolidarse teóricamente sin apelar a una legitimación del poder punitivo que los datos sociales demuelen. Se trata de una difícil encrucijada para la cual el derecho penal de los países industrializados no ofrece muchas soluciones, pese a su enorme desarrollo técnico, que, además, *c*) el derecho penal de nuestros países tampoco debe despreciar sino, por el contrario, debe asimilar y utilizar. Son tres condiciones difíciles de armonizar.

No obstante, quizá la solución que permite su armonización no se halla tan lejos, sino que, debido a su extrema cercanía, es de difícil percepción. Simplemente, creemos que con la profundización de la teoría de las estructuras lógico-reales, aceptando los datos de realidad y llevándola hasta sus últimas consecuencias, aplicada también a la propia estructura y límites del poder del Estado, al que está destinada la construcción teórica para su aplicación en la realidad, las tres condiciones se dan de modo casi *natural*.

Excedería este marco meramente valorativo sobre el finalismo pretender exponer una posible salida[36], pero, de cualquier modo, creemos que el paraje por el que ésta debe buscarse no se halla en la vuelta al idealismo, en la ignorancia pragmática de los sistemas meramente clasificadores, ni en el privilegio de los aspectos estruc-

[36] *In extenso* la intentamos en nuestra obra de conjunto: ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, 1ª ed., Buenos Aires, 2001, México, 2001, 2ª ed. Bs. As., 2002.

turales de las teorías sistémicas, sino en mantener abierta la ventana que descubrió WELZEL, por fuerte que sea el vendaval. *Siempre será preferible que nos vuelen los papeles a que la ventana se cierre y el viento huracanado acabe demoliendo la pared.*

EL DERECHO PENAL LIBERAL Y SUS ENEMIGOS *

Señor Rector Magnífico de la Universidad de Castilla-La Mancha
Autoridades Universitarias
Colegas Catedráticos y docentes
Estudiantes
Señoras y Señores
Amigas y amigos todos:

Ruego de vuestra amabilidad que me permitan alterar el orden del discurso y reservar para el final los agradecimientos. No quiero que la emoción pueda perturbar el desarrollo de esta exposición y, por tanto, solicito esta licencia de vuestra benevolencia.

I. El embate antiliberal de la posguerra a hoy

1. Durante la segunda guerra mundial era común que los doctrinarios hiciesen referencia a la antinomia *derecho penal liberal-derecho penal autoritario*, con abundante bibliografía referida a la legislación fascista, nazista y soviética.

El nombre de *derecho penal autoritario* era asumido por sus propios partidarios sin ningún reparo. Si bien

* *Lectio Doctoralis* en ocasión del Doctorado Honoris Causa, Universidad de Castilla-La Mancha, 2004.

no era una antinomia nueva ni tampoco desapareció con posterioridad, lo cierto es que en las décadas cuarta y quinta del siglo pasado su exposición fue más manifiesta y transparente.

Con posterioridad, la pretendida *pax dogmática* quiso dar por presupuesto un derecho penal liberal o de garantías y, por ende, tácita o expresamente, consideró superada la antinomia del tiempo bélico.

2. Huelga demostrar que la *pax dogmática* fue una terrible confrontación ideológica y técnica y que el derecho penal liberal fue cediendo terreno, perseguido por racionalizaciones asentadas sobre una pretendida necesidad de eficacia preventiva ante supuestas nuevas amenazas que exigen mayor represión.

La consigna antiliberal postula que es menester ceder garantías para aumentar la seguridad, o sea que da por sentada una relación inversa entre garantías y seguridad.

Este nuevo avance del derecho penal antiliberal no se presenta como derecho penal autoritario ni se enmarca en los pensamientos políticos totalitarios como los de entreguerras, sino que invoca la eficacia preventiva, como una cuestión casi pragmática.

3. La legitimación de este avance antiliberal se vale de dos discursos diferentes, según se dirija al gran público o al reducido círculo técnico jurídico, en razón de que, conforme al destinatario, fundan la supuesta eficacia preventiva del poder punitivo en diferentes formas de prevención. En tanto que el discurso político periodístico basa la eficacia en la prevención general negativa (la disuasión), el discurso legitimante de los juristas lo hace en la positiva (el refuerzo de la confianza en el sistema).

4. Esta disparidad obedece a una coherencia política tan lógicamente inobjetable como moralmente condenable. En tanto que por *eficacia* la prevención general po-

sitiva entiende el prestigio, imagen y confiabilidad del Estado (o *sistema*, si se prefiere) frente al público, la *eficacia* de la prevención general negativa consiste en atemorizar a los que pueden estar tentados de delinquir.

Salvo situaciones de absoluta excepción o brutalidad represiva, la prevención negativa no es confirmada por los hechos y, además, ella misma es inmoral por usar a una persona (su dolor) como medio para atemorizar a otras (lesiona la vieja *regla de oro* que impone la consideración del *otro* como fin en sí mismo).

Pero además de esta inmoralidad, el doble discurso preventivo del nuevo avance antiliberal incurre en otra infracción ética: si el público refuerza su confianza en el sistema cuando éste apela a una mayor represión, es justamente porque cree que ésta tiene efecto disuasorio.

El hombre de la calle –o sea, lo que para el funcionalismo suele ser el *subsistema*– no normaliza sus demandas al sistema para darle mayor confiabilidad al propio sistema, sino porque él mismo participa del prejuicio de que el poder punitivo siempre tiene efecto disuasorio. En síntesis: la prevención general positiva no es otra cosa que la explotación del prejuicio y de la falta de información del público.

5. En esta doble inmoralidad no se agota el contenido éticamente aberrante de la prevención general positiva, sino que ésta añade una tercera falsedad fundante al esgrimir como lema la alternativa de hierro entre seguridad y garantías.

Si la seguridad es de los bienes jurídicos, el debilitamiento de las garantías deja a la población a merced de la arbitrariedad policial, lo que importa una amenaza estatal a todos los bienes jurídicos, incluyendo la propia vida.

Menores garantías importan mayor arbitrio de las agencias estatales y menores espacios de libertad social. Además de la pérdida general de seguridad que esto

conlleva, el espacio de arbitrariedad ofrece un vacío de reglas (anomia) que rápidamente ocupa la corrupción, cuyo resultado es la pérdida de eficacia preventiva de las agencias de coerción directa del Estado. No hay policía corrupta que sea eficaz en la prevención secundaria, salvo respecto de los infractores que no operan bajo su protección.

6. Si nos preguntamos qué ofrece como novedad este nuevo embate contra el derecho penal de garantías o liberal, de inmediato llama la atención la pobreza ideológica del debate público, como también la grosería de los medios masivos de comunicación en sus campañas lanzadas a incentivar el sentimiento público de inseguridad y a reforzar reclamos vindicativos y ejemplarizantes.

No menos notorio es que los estereotipos de quienes son mostrados como enemigos de la sociedad corresponden a todos los excluidos del actual momento de poder planetario (conocido como *globalización*) y que se concentran según grupos que resultan *molestos* en diferentes localizaciones geográficas (inmigrantes en países desarrollados o menos subdesarrollados; desocupados o contestatarios en los países pobres; desplazados económicos, políticos o bélicos; los *extraños*; etc.).

Con frecuencia se agregan los que, por su conducta de vida, se hacen sospechosos de no compartir las metas proclamadas por el sistema (según las circunstancias pueden ser grupos disidentes o minorías políticas, sexuales, consumidores de algún tóxico, etc.).

Es curioso que nunca se considere a los viejos como enemigos de la sociedad, pese a que el sistema los expulsa. Ello obedece a que los somete a una forma genocida de control social, mediante la exclusión etaria y la construcción del estereotipo de inutilidad e incapacidad social, el que una vez asumido acelera la enfermedad, la depresión y la muerte.

7. En cuanto al discurso del nuevo embate antiliberal dirigido al reducido círculo de juristas, la novedad parece consistir en un grado de sinceridad nunca alcanzado con anterioridad.

Efectivamente, los autores de los viejos discursos *defensistas* (especialmente positivistas) creían que en realidad estaban disminuyendo el número de conflictos o de delitos o, al menos, así lo manifestaban. El nuevo discurso de prevención general positiva se desentiende de lo que realmente sucede en la conflictividad social: poco importa que aumente o disminuya la victimización, pues sólo interesa la credibilidad del Estado como actor preventivo.

II. ¿EL DERECHO PENAL AUTORITARIO ES DERECHO PENAL?

1. La pregunta *¿Derecho penal autoritario o derecho penal liberal?* es el título de un conocido escrito, bastante panfletario y de nulo valor doctrinario, de autores nazistas. El primer término de esta alternativa da lugar a un interrogante que con frecuencia se pasa por alto, pese a que plantea una cuestión mucho más que semántica, porque hace a la ontología misma del derecho penal: ¿El llamado *derecho penal autoritario* es en realidad *derecho penal*?

2. La característica común del autoritarismo de todos los tiempos es la invocación de la necesidad en una emergencia: la herejía, el Maligno, el comunismo internacional, la droga, la sífilis, el alcoholismo, el terrorismo, etc. Se absolutiza un mal justificando una necesidad apremiante, inmediata e impostergable de neutralizarlo, pues se halla en curso o es inminente y se lo presenta como amenaza para la subsistencia de la especie humana o, al menos, de una cultura o civilización.

3. Ante semejante amenaza, los especialistas (únicos conocedores de la forma y detalles en que operan estos

males) capacitados para individualizar y neutralizar a sus agentes, reclaman que se les retire todo obstáculo a su misión salvadora de la humanidad.

Se trata de una guerra contra el mal de dimensión colosal y, por ende, los agentes de éste son enemigos de la sociedad. Asume esta lucha características bélicas y el discurso que le sirve de base legitimante adopta la forma del llamado *derecho penal de enemigos*. No es posible ninguna conciliación con el agente consciente del mal; quizá sólo –y hasta cierto limitado punto– con los involuntarios favorecedores, pero siempre a condición de ritos de incorporación a las huestes del bien.

4. En estas condiciones, el discurso jurídico-penal parece transformarse en un discurso de derecho administrativo, de coerción directa, inmediata o diferida, de tiempo de guerra. Así como quien obstaculizase al ejército que en la guerra actúa en defensa de la Nación se convertiría en un *traidor a la Nación*, del mismo modo nadie puede dificultar o poner trabas a la acción salvadora de las huestes que defienden a la sociedad, sin convertirse en un traidor o directamente en un enemigo de ésta.

5. El derecho administrativo de coerción directa invade y ocupa todo el espacio del derecho penal, en las emergencias que fundan los embates antiliberales a lo largo de toda la historia. Es el *derecho de policía* de los viejos administrativistas, que los modernos llaman *derecho de coerción directa administrativa inmediata o diferida*. Es la coerción estatal que tiene lugar frente a un proceso lesivo en curso o inminente.

No es prudente olvidar este fenómeno en nuestros días, donde doctrinariamente se habla con frecuencia de la *administrativización del derecho penal*. ¿Es tal o simplemente es una cesión del derecho penal al derecho administrativo? ¿No será directamente un retiro del derecho penal? ¿No será acaso que el único derecho penal es el liberal?

6. Aunque no puedo desarrollarlo en este espacio, creo personalmente que, en efecto, si reservamos la expresión *derecho penal* para el saber jurídico que se destina a la práctica de los operadores jurídicos (y, por ende, lo distinguimos cuidadosamente de la legislación penal y del ejercicio real del poder punitivo), el derecho penal es la programación racional del poder jurídico de contención y reducción del fenómeno político del poder punitivo del Estado. Por ende, todo derecho penal que no se proponga contener y reducir este poder cae necesariamente en una concesión al derecho administrativo.

III. Lo vivo y lo muerto de los autoritarismos pasados

1. La descripción de las características del embate contemporáneo contra el derecho penal liberal provoca cierto desconcierto. Si bien no reproduce ninguno de los autoritarismos históricos o pasados, lo cierto es que parece reciclar elementos que se hallaban en casi todos éstos. Suelen señalarse datos aislados, pero esto no explica la reiteración histórica de los embates antiliberales y menos aún cierta sensación de fenómeno cíclico.

2. Cabe indagar qué es lo que ha muerto de los viejos autoritarismos y qué tiene vigencia. Pero no basta con esto para comprender la reiteración histórica de los retrocesos liberales.

Nuestra tesis es que existen estructuras discursivas que son idénticas, aunque los contenidos y la tecnología varían culturalmente. Son los mismos troncos vestidos con diferente follaje, aunque parecidos frutos.

3. Para demostrarlo, se hace necesario acudir al origen mismo de estos discursos, a los primeros discursos elaborados sistemáticamente con cierto grado de desa-

rrollo teórico. Para ello, debemos superar los prejuicios a que nos ha habituado la reiteración de algunas verdades manualísticas de nuestra disciplina.

Así como los sociólogos nos miran con curiosidad, como un grupo extraño que en el *campus* universitario inventa su propia sociología y se niega a escucharlos, los historiadores no tienen menos razones para extrañarse de nuestra ingenuidad al considerarnos descendientes del Iluminismo e ignorar casi todo el derecho penal y la criminología de los siglos anteriores. A fuerza de reiterar en nuestros manuales conceptos que copiamos de otros, nos hemos aislado tanto de los datos de las ciencias sociales como de los históricos.

No poca dosis de narcisismo hay en nuestro entrenamiento autista: ¿Quién es el sociólogo para discutirnos los dogmas preventivos? ¿Quién es este personaje producto de una ciencia de pocos años que pretende infectar con datos del ser nuestro coherente mundo del deber ser? Y más aún: ahora vienen unos escrutadores de archivos amarillentos a decirnos que no descendemos de BECCARIA sino de Torquemada. Esto se nos hace poco menos que intolerable. Y allí caemos en contradicción, porque exhibimos pergaminos de siglos que no nos atrevemos a leer porque nos desmienten.

4. Cuando repasamos nuestros propios pergaminos amarillentos nos enteramos de que el poder punitivo, caracterizado por la confiscación de la víctima, se asentó de modo hasta hoy irreversible en los siglos XII y XIII, pero legitimado como derecho administrativo de coerción directa, alucinando a lo largo de la historia sucesivas emergencias hasta el presente, que fueron otros tantos brotes de autoritarismo penal.

La disparidad y el colorido curioso de los discursos de emergencia desconciertan al historiador y más aún al penalista, porque nada parece haber de común entre ellos: nada vincula la sífilis con el terrorismo, o el alco-

holismo con la herejía, o la pureza de la raza con la criminalidad organizada.

Ello nos inclina a considerar las emergencias pasadas como delirios circunstanciales de la humanidad o de nuestra cultura, mientras se piensa que la emergencia presente es una amenaza real y absoluta.

5. Sin duda que las emergencias son construcciones colectivas que guardan cierto parecido con el delirio, como se ha observado respecto de algunas de ellas, especialmente muy lejanas. Además de asentarse sobre el prejuicio y la convicción previa de un amplio sector de población (por regla el menos informado, que suele ser la mayoría, si tenemos en cuenta que la información está en relación directa con el poder), toda emergencia respeta un mínimo contenido real, magnificándolo hasta absolutizarlo y llevarlo a ocupar todo el campo pensante.

6. La atención histórica más detenida de estas emergencias nos permite observar que los follajes cambiantes ocultan una estructura discursiva teórica que permanece idéntica desde hace por lo menos cinco siglos. Por debajo de las sucesivas emergencias y de sus respectivas guerras y derechos penales de enemigos, la estructura del discurso penal autoritario no ha variado.

Lo permanente y vivo en los discursos penales autoritarios es su estructura, y lo mutable son los datos y la tecnología con que se reviste en cada momento histórico.

Se trata de una suerte de programa de computación que en ciertos momentos culturales se vacía y se vuelve a alimentar con datos diferentes, pero el programa sigue siendo idéntico y único.

IV. LA APARICIÓN DE LA ESTRUCTURA DISCURSIVA DE EMERGENCIA

1. Sin duda que en todos los tiempos en que hubo poder punitivo se invocaron emergencias para legitimar

su ejercicio ilimitado. No obstante, desde el punto de vista del análisis de los discursos legitimantes, lo que nos interesa es el momento en que aparece un primer discurso con alto nivel de desarrollo teórico, con considerable grado de sofisticación, con información y síntesis sistemática del saber anteriormente acumulado y con aprovechamiento de la experiencia práctica del ejercicio del poder punitivo.

2. Eso presupone un discurso que sistematice orgánicamente la etiología del mal que legitima la emergencia (criminología etiológica), que describa las manifestaciones dañosas del mal (derecho penal de infracción o teoría del delito), que prescriba la forma de reprimirlo (teoría de la pena), que desarrolle el camino para realizarlo (derecho procesal penal) y los conocimientos auxiliares para la identificación de los enemigos (criminalística).

Con semejantes requisitos podemos afirmar que nos hallamos ante lo que BARATTA llamó –en referencia al positivismo criminológico– un *sistema integrado* (por oposición a la posterior desintegración neokantiana en una ciencia natural –criminología– y otra cultural –derecho penal–, sin otra conexión que la función de delimitación epistemológica de la segunda respecto de la primera).

3. Este sistema integrado frente a una emergencia aparece por primera vez en la historia en el *Malleus maleficarum* o *Martillo de las brujas*, escrito por Heinrich KRAMER y James SPRENGER, en 1484, y sancionado como manual de inquisidores por bula de Inocencio VIII, del 9 de diciembre de ese mismo año.

Este texto de altísima circulación en los dos siglos posteriores y deslegitimado en definitiva apenas en 1701 por obra de Christian THOMASIUS, durante los tres últimos siglos fue reducido a la condición de objeto de curiosidad o de interés sólo para historiadores de la Inquisición, pero silenciado completamente por los penalistas.

El texto está precedido por *a*) la larga tarea de los criminólogos de su tiempo, o sea, por los especialistas en el mal y en su etiología, que eran los demonólogos, *b*) un considerable debate sobre si la capacidad de daño del Maligno y de hazañas extraordinarias de las brujas era real o imaginaria y *c*) el trabajo jurídico de la glosa.

4. En este sentido, puede afirmarse que se trata de una de las obras fundamentales de síntesis y cierre del conocimiento y la cultura de la Edad Media. Suele asignársele esta característica a la *Divina Comedia*, lo que es verdad, pero, sin pretensión de comparar al Divino Poeta con los alucinados inquisidores, lo cierto es que sin esta contracara quedaría incompleta la síntesis de esa etapa.

V. CARACTERES ESTRUCTURALES DEL DISCURSO DE EMERGENCIA

1. Sin pretender agotar aquí las características estructurales de los discursos de emergencia, nos bastará señalar las principales para cumplir con el objetivo de demostrar la existencia de la respectiva estructura.

La más notoria es el *armamentismo* del discurso. Poco importa la naturaleza pacífica de lo que el objetivo manifiesto del discurso pretende defender. Jesucristo no es un Dios guerrero, sino vencido por el sistema penal, que lo presenta reducido y sacrificado en un instrumento de tortura. Lo importante era inventarle un enemigo guerrero, organizado como ejército, con legiones y jerárquico. Satanás era el comandante de una estructura militarizada. Se reiterará siempre la organización conspirativa y armada del enemigo: desde Satanás hasta el modelo mafioso. El armamentismo del enemigo obliga al propio armamentismo.

2. La *disparidad de enemigos* es otra característica infaltable. El enemigo manifiesto nunca es el real: no

era Satanás el enemigo, sino los que ponían en duda su poder y el de las brujas. Los peores enemigos de toda emergencia son los que ponen en duda la magnitud de la necesidad invocada, porque son los que cuestionan el poder represivo de quienes lo ejercen.

3. A lo anterior corresponde la *disparidad de fines*: no interesan los objetivos manifiestos, sino la forma misma del ejercicio del poder (FOUCAULT). En el caso del *Malleus*, lo que interesaba era un poder que reforzase la centralidad romana y la subordinación de la mitad de la humanidad (las mujeres); el discurso es completamente misógino.

4. Es indispensable que el propio discurso, ante la magnitud del mal, deba proceder a la *legitimación del bien*: ¿Cómo Dios puede permitir que el Maligno cometa semejantes atrocidades? ¿Cómo una sociedad sana puede producir drogadictos? En el caso del *Malleus*, la respuesta es funcionalista, digna de DURKHEIM: el mal es necesario para permitir el reconocimiento del bien.

5. Lo anterior en parte se explica porque el mal logra aliarse con los humanos más débiles y defectuosos (inferiores o subhumanos), que para el *Malleus* eran las mujeres, consideradas tales por razones biológicas, en forma que racionalizará LOMBROSO cuatro siglos más tarde.

La *inferioridad del enemigo* es dato necesario de toda emergencia, para lo cual construye estereotipos que responden a los peores prejuicios de cada sociedad. Estos enemigos presentan características o estigmas físicos, como los que el Diablo ponía en las brujas. Serán luego los caracteres atávicos lombrosianos, los étnicos de los inmigrantes o las secuelas de las agujas en los tóxicodependientes.

6. La *inmunidad al mal* de los propios especialistas es condición indispensable del éxito del discurso: quien combate el mal debe ser inmune a éste. Los inquisidores afirmaban que eran inmunes porque Dios no podía

permitir semejante grado de mal. Posteriormente, el propio conocimiento del mal proporcionaría la inmunidad en otras emergencias.

7. El *uso encubridor del discurso*, a veces ingenuo, es casi enternecedor: un sacerdote aparece desnudo encerrado en un silo, sabe Dios víctima de qué aventura, y afirma que los demonios lo desnudaron y lo arrojaron al silo, y los demonólogos le creen.

8. El discurso de emergencia nunca contradice los prejuicios funcionales. En este sentido, opera el *refuerzo de prejuicios* sociales, por lo cual aparece como un elemento sedativo de la sociedad, al reafirmar las convicciones más aberrantes pero fuertemente arraigadas. Sin los prejuicios la convicción pública de la necesidad no puede instalarse.

9. Asegurar la *reproducción de la clientela* es condición indispensable para la permanencia de la emergencia. Si se agotan los enemigos (como había sucedido con los valdenses) la necesidad cesa. La tortura perseguía ese objetivo y no la mera confesión de la mujer, sino los nombres de cómplices que ésta tuviese, y eso constituía prueba que habilitaba la tortura de la persona mencionada.

10. La *alquimia o inversión valorativa* de los signos es fundamental: si la bruja muere en la tortura, el Diablo la salva, si enloquece de dolor, es que el Diablo le da fuerza para burlarse de la tortura, si se suicida, el Diablo le retuerce el cuello, etc. El enemigo que se declara arrepentido simula, el que estudia se prepara para hacer mejor sus fechorías, etc.

11. La emergencia debe operar una *neutralización de fuentes deslegitimantes de autoridad*. Así, hoy debe desautorizarse a los científicos que reducen a límites racionales los males absolutizados o que los minimizan.

Los inquisidores debían deslegitimar el *Canon Episcopi* que negaba el poder real del Diablo y de las brujas.

Para ello, lo declaraban falso (falsedad de la fuente), suponían que se refería a otro fenómeno (distinción fenoménica) o consideraban que igualmente había que ejecutar a las brujas sólo por hacer pacto con el Diablo (subjetivización del injusto). Los tres caminos se transitan hasta el presente.

12. No nos ocupamos aquí de las importantes características procesales derivadas de las mencionadas, sólo por razones de espacio, pero no podemos dejar de anotarlas y, especialmente, señalar su rasgo común: la *degradación ética del represor.*

Todo embuste o engaño era útil para obtener los nombres de cómplices, incluyendo las falsas promesas aun bajo juramento. No otra cosa son los sobornos a testigos y a codelincuentes en forma de impunidad o benignidad, la introducción de espías, la compra de información y todas las inmoralidades que acompañan a los procedimientos inquisitorios de todos los tiempos.

VI. LA ESTRUCTURA DEL DISCURSO CRÍTICO (DE GARANTÍAS)

1. La mención de los caracteres señalados prueba la existencia de una estructura de emergencia o autoritaria, permanente en todos los discursos, pero es más que interesante señalar que no sólo reproducimos esas estructuras, sino también la de los discursos críticos.

La primera respuesta orgánica al *Malleus*, contenida en un libro especialmente dedicado al tema y, dentro de su estructura reiterativa bastante coherente, invocando constantemente la razón (en sentido escolástico), data de 1631 y es obra de un jesuita: Friedrich SPEE von LANGENFELD (1591-1635), en su *Cautio criminalis* (*Prudencia criminal*).

SPEE fue un confesor de condenadas que se angustió ante el asesinato masivo de mujeres que importaba y,

siguiendo a dos jesuitas que en sus obras generales de teología habían deslegitimado el *Malleus*, escribió este libro pequeño, dividido en cincuenta y dos preguntas, al estilo de las cuestiones escolásticas. Pese a que a uno de sus predecesores y a él mismo pidieron que los condenasen a la hoguera, lo cierto es que murió por razones naturales, atendiendo a soldados víctimas de epidemia de peste.

2. El discurso crítico de SPEE denuncia la construcción procesal del delito: cualquiera sometido al proceso inquisitorial sería condenado por brujería; luego, si desapareciesen esos procesos, desaparecerían las brujas. El interaccionismo simbólico no lo hubiese dicho más claramente.

3. Este discurso crítico, como todos, señala la compartimentalización del sistema penal, en que cada segmento se desentiende de los restantes: los señores de los ejecutores, los que escriben de los que ejecutan, etcétera.

4. SPEE señala que el prejuicio y la ignorancia o falta de información pública son uno de los elementos fundamentales que permiten la continuidad de esas iniquidades y crímenes. Como buen crítico, responsabiliza a los doctos que escriben y aconsejan sin enfrentar los prejuicios, sino sólo reforzándolos, por conveniencia o por expresar conceptos gratos al poder.

5. No puede faltar en un discurso crítico la indicación de la funcionalidad del fenómeno al poder, o sea, a los príncipes, que de este modo encontraban a quién responsabilizar de los males (moderna teoría del *chivo expiatorio*).

6. El ocultamiento semántico del discurso jurídico es un tema recurrente en toda crítica, o sea, el empleo de vocablos que indican otro objeto distinto del señalado por la misma palabra en el vocabulario corriente. Así, la *libre confesión* era la prestada bajo tortura.

7. La inmunidad del represor es cuestionada frontalmente, denunciando los tocamientos impúdicos de los ejecutores con el pretexto de buscar marcas del Demonio en el cuerpo de las condenadas.

8. La contaminación y la prohibición de coalición son señaladas por SPEE, que denuncia la persecución de defensores de brujas y de quienes pretenden paliar sus males.

9. SPEE pone de manifiesto la paradoja de toda emergencia: ésta magnifica el poder hasta absolutizarlo, pero cuanto mayor es el poder del mal, más difícil resulta (y hasta ridículo) pretender controlarlo con la represión.

10. La proyección catastrofista del poder punitivo es otro carácter común a los discursos críticos: si la represión se ejerciese sin límites, sólo serían impunes los príncipes y poderosos, y la sociedad resultaría casi destruida. De este modo, señala también la selectividad, de forma muy semejante a SUTHERLAND tres siglos después.

11. La responsabilidad de los príncipes también la señala por omisión, toda vez que éstos delegan en sus inferiores las tareas de juzgar y ejecutar. En la actualidad, esto se conoce como *autonomización de las cúpulas policiales*.

12. No menos interesante es otra denuncia de todo discurso crítico del poder punitivo: la corrupción. Los inquisidores cobraban por bruja ejecutada (trabajo a destajo) y, además, sostenían un sistema de recaudación de contribuciones supuestamente voluntarias, que no era más que el ejercicio de la extorsión protectora.

13. El cuestionamiento del intuicionismo de los inquisidores en la individualización de los enemigos (brujas) es clave en el discurso crítico de SPEE y se reiterará en todas las críticas, que desprecian el *olfato policial* o las conclusiones periciales infundadas o sin base racional.

14. Como buen discurso crítico, SPEE concluye reclamando las garantías: la abolición de la tortura, el dere-

cho a un tribunal imparcial, la legalidad de los delitos y de las penas, el principio o presunción de inocencia, la valoración racional de las pruebas y, especialmente, el ejercicio del derecho de defensa penal. Cabe destacar que muy rudimentariamente traza una distinción entre moral y derecho, pecado y delito, que a partir de su continuador, Christian THOMASIUS, pasará a ser tema clave de todo el pensamiento jurídico del racionalismo.

15. Sin restarle nada de mérito a BECCARIA y a todos los iluministas del siglo XVIII, lo cierto es que el discurso penal crítico surgió mucho antes, y no cabe duda de que sus elementos se hallaban presentes –al menos– desde la *Cautio criminalis* de SPEE, de 1631.

VII. LA DINÁMICA DE LOS DISCURSOS: EL JUEGO DE REITERACIONES

1. Lo hasta aquí expuesto demuestra que no sólo la estructura de los discursos de emergencia o autoritarios se establece hace siglos (concretamente en 1484) y se reitera hasta el presente. Quizá esta demostración no constituya mayor novedad.

Llama más la atención la circunstancia de que los caracteres estructurales del propio discurso crítico y de garantías se hayan establecido hace casi cuatrocientos años. No obstante, nada de esto basta para explicar la dinámica cíclica del fenómeno.

2. Este juego reiterativo requiere otra observación, referida a las luchas de poder de las corporaciones. Hasta el siglo XVIII, las corporaciones eran relativamente pocas, pero a partir de la segunda mitad de esa centuria, se multiplican.

Esto obedece a la división del trabajo que impone la aparición del sujeto *público*. Hasta entonces el poder se limitaba a matar o no matar, para lo cual se requerían pocas corporaciones. Desde que el poder asume la ad-

ministración de la vida del sujeto *público* (la economía pública, la salud pública, la educación pública, etc.), el príncipe requiere de secretarios especializados, en torno de los cuales se generan las burocracias y, consiguientemente, los lenguajes o dialectos técnicos correspondientes a esas especialidades (los saberes respecto de la cosa pública), con sus mecanismos de reproducción y entrenamiento.

3. Al multiplicarse las corporaciones, aumentan las luchas intracorporativas (por el apoderamiento interno del poder de cada corporación), pero más aún las intercorporativas. Cada corporación lucha con otras por obtener mayores espacios de poder.

La cuestión penal era un tema de alto significado para el poder. Su hegemonía dotaba de considerable control a la agencia o corporación que lo ejerciese.

Es natural suponer un marcado interés de las corporaciones por apoderarse de la *cuestión criminal*. Desde el siglo XVI, por ejemplo, los médicos habían intentado apoderarse de las brujas (un libro del médico WEIER, publicado en Basilea, da cuenta de ello; los esfuerzos de toda la fisiognómica, desde Gianbattista DELLA PORTA hasta LAVATER, muestran iguales intenciones). La respuesta de BODINO en su *Demonología* indica el interés de los juristas por reservarse semejante poder.

4. En el siglo XVII, las corporaciones no se habían multiplicado, pero igualmente existían en número reducido y la competencia entre ellas surgía con claridad. La Inquisición romana se había creado para reforzar el poder central del pontífice romano frente a las amenazas de las sectas disidentes y los cleros locales con tendencia a autonomizarse. Destruidos los valdenses y otras tendencias menores, era necesario mantener la emergencia y se la emprende contra las brujas y el Maligno, garantía de reproducción indefinida de clientela y, por ende, de legitimación.

La empresa se encomienda a una nueva corporación, que fueron los dominicos (conocidos como *perros de Dios*). El grueso de los primeros criminólogos (demonólogos) era dominico y, básicamente, todos los que defendieron la tesis del poder real de las brujas y del Diablo frente a la tesis de la ilusión, fundada en el *Canon Episcopi*.

5. No obstante, al tiempo de la publicación del *Malleus*, la Inquisición romana comienza a decaer y el número de brujas ejecutadas en Italia baja considerablemente. Se mantiene la ejecución de brujas en la Europa central germánica, pero practicada por tribunales laicos. La Inquisición romana se debilitó muchísimo y entró casi en letargo.

Como es sabido, la Inquisición española fue una institución diferente, al servicio de la monarquía, y tuvo una dinámica propia e independiente de la europea. Mientras la Inquisición europea o romana se debilitaba, la española se fortalecía y asentaba, coincidiendo con el tiempo de la Reforma y posteriormente con la Contrarreforma.

6. Fue en tiempos de esta última que llega al papado un pontífice que conocía de primera mano la Inquisición española y decidió reorganizar la romana sobre el modelo español, pero no para arrojarla contra el Diablo y las brujas, sino contra los reformados (genéricamente llamados *luteranos*).

La corporación a la que se encomendó la nueva tarea de luchar contra la Reforma no fue la de los viejos dominicos, sino la de los jesuitas. Esto explica que TANNER y especialmente SPEE hayan tenido protección de la Compañía y no hayan sufrido sanciones ni se los haya condenado a muerte.

7. Y esto por vez primera pone de manifiesto la clave de esta dinámica cíclica de los discursos. Cuando una corporación se enfrenta a otra por la hegemonía de

la cuestión criminal, lo primero que debe hacer es cuestionarle su poder, poniendo en crisis su discurso de emergencia. Esta función la cumple acabadamente el discurso de SPEE.

En otras palabras: queda claro que el discurso crítico también tiene una estructura que se reitera cíclicamente y que reaparece entre dos corporaciones en lucha por la hegemonía del discurso penal. En el espacio que se abre en la lucha por dos corporaciones, una que tiene la hegemonía del discurso penal y otra que se lo disputa, emergen los discursos críticos, que mantienen vigencia hasta que la nueva corporación se instala en el poder hegemónico del discurso y del poder punitivo.

8. Basta pensar en el papel de los juristas y filósofos, cuando fueron hegemónicos, esto es, en vigencia del derecho penal liberal de fines del siglo XVIII y comienzos del XIX. Tuvieron ese poder mientras permanecieron las condiciones negativas para el ascenso de la clase de los industriales, comerciantes y banqueros, pero cuando éstos llegaron al poder, no necesitaron más de un discurso limitador, sino de otro que les legitimase también ilimitadamente el poder que entonces habían pasado a ejercer.

9. En ese momento, recrudeció la lucha de la corporación médica por apoderarse de la cuestión criminal y, para ello, se vio precisada de hacer un acuerdo con los policías y comenzar a trabajar en gabinetes policiales. La corporación médico-policial asumió, durante muchos años, la hegemonía discursiva del sistema penal. El derecho penal liberal había tenido vigencia durante la declinación y caída del antiguo régimen, o sea, durante la lucha corporativa, y su hegemonía discursiva acaba cuando obtiene el poder la clase de los industriales y comerciantes, y la hegemonía discursiva pasa a la combinación de policías y médicos (positivismo).

10. De este modo, podemos percibir cómo cambian las hegemonías en materia penal, y lo fácil que es per-

derse en semejante bosque. Sólo entendiendo la dinámica de las corporaciones y su competencia es dable entender cómo se mueve la hegemonía discursiva, aunque no conviene minimizar los momentos intermedios y las tentativas inorgánicas o inoportunas de construcción de nuevos discursos, que siempre son imponderables, como resultado de intentos personales.

11. Lo anterior nos muestra que quedamos presos de las mismas estructuras discursivas, que nos movemos con discursos ocasionalmente de emergencia o autoritarios, y también con discursos críticos o liberales o de garantías, pero que estos últimos sólo hallan espacio propicio entre una hegemonía corporativa que decae y otra que no se ha instalado, o sea, que se instalan entre dos emergencias o autoritarismos.

VIII. ¿ES POSIBLE INTERRUMPIR LOS CICLOS?

1. Lo anterior parece una trampa a la que es imposible escapar, un destino o predestinación de los discursos sobre la cuestión penal que nos deja presos de sus alternativas corporativas. Sin embargo, algo hay de nuevo en la revolución comunicadora, que es la muy acelerada reproducción de los discursos y la lucha más rápida de corporaciones, el mayor número de éstas y la velocidad increíble con que se instalan las emergencias, que parecen, en ocasiones, superponerse.

2. Todos los discursos críticos se han limitado a deslegitimar una parte del poder punitivo, pero dejando a salvo un resto, que siempre ha servido de base de lanzamiento para construir el discurso de la siguiente emergencia (o corporación hegemónica).

Así ha sucedido con el liberalismo penal del siglo XIX: FEUERBACH y ROMAGNOSI se inclinaban por la retribución para neutralizar el impulso criminal; la medida

retributiva de la lesión fue puesta en duda por Carlo CATTANEO y quedó abierto el camino para la adecuación del contraimpulso a la magnitud del impulso personal, o sea, para el paso del derecho penal de acto o de lesión al derecho penal de autor y sintomático.

3. La clave es, a nuestro juicio, la refundación del discurso liberal, sobre la base de un agnosticismo completo acerca del poder punitivo, reconocido sólo como inevitable presencia política necesitada de contención, y la cuidadosa legitimación del ejercicio del poder jurídico-penal como contención del poder punitivo, sobre la base de la necesidad ineludible de preservar el Estado de derecho y los espacios de libertad ciudadana como condición indispensable de la dinámica social y política democrática.

4. El temor de todos los discursos críticos frente a la posible deslegitimación del poder punitivo y a su consiguiente rechazo ha permitido la reproducción de las emergencias. El destino de las estructuras que nos aprisionan desde hace siglos puede interrumpirse frente a la descabellada invención vertiginosa de emergencias que, por otra parte, pone de manifiesto en forma inédita la artificiosidad de los discursos que legitiman el poder punitivo.

5. Además, los propios discursos jurídico-penales, como hemos señalado, cobran una sinceridad legitimante que raya en la hipocresía, al confesar abiertamente su inmoralidad, fundándose en los prejuicios. Tampoco esto es nuevo. Cuando BODINO se percataba de que los poderosos escapaban de la justicia humana, afirmaba que irremisiblemente eran remitidos a la justicia divina. Y aunque reconocía con ello que el poder punitivo era selectivo y no alcanzaba a los cercanos al ejercicio del poder, lo legitimada invocando la *salud de la República*. No otra cosa quiere decirse cuando se invoca hoy la prevención general positiva como necesidad

de reforzar la confianza en el sistema. En el fondo, reencontramos a una vieja conocida: la *razón de Estado.*

6. Tarea difícil queda a los nuevos penalistas. Quizá lo más complicado sea el autocontrol ante las amenazas al narcisismo generado por los prejuicios que nos han transmitido.

Agradecimientos

Señor Rector Magnífico de la Universidad de Castilla-La Mancha

Y distinguido público asistente:

Llego al fin de esta presentación y, como advertí al comienzo, me he tomado la licencia de invertir el orden del discurso para impedir que la emoción perturbase el anterior desarrollo.

No sólo debo manifestar mi agradecimiento por este inmenso honor que me dispensa la Universidad de Castilla-La Mancha, sino reiterarles el compromiso público de continuar la línea que os ha movido a otorgarme tan alto grado.

Siento una enorme emoción al recibirlo, en razón de todo lo que debemos los argentinos a España, por lo que nos ha enviado, por nuestros amigos españoles y argentinos hijos y nietos de españoles que comparten nuestras luchas, nuestras angustias y alegrías y nuestro destino en la Argentina.

Les debemos también el agradecimiento por la forma en que acogieron a nuestros compatriotas en los tiempos de dictadura.

En nuestro quehacer específico, les debemos también las enseñanzas que nos ha dejado la pléyade de intelectuales del exilio republicano. En gran medida mi formación procede de ese exilio español.

Contemplo y agradezco profundamente a los colegas

españoles que me hacen el honor de estar presentes, pero permitidme deciros que me parece veros acompañados por otros que no están. Quizá la vista nublada por la emoción facilite la ilusión de esas presencias de los que no están, y del complejo pozo de los recuerdos me llegan –lejanas– interminables, veladas, con detallados relatos y nostalgias de largos exilios.

No puedo menos que ilusionar entre vosotros el perfil de alguien delgado, engrosando un poco con los años, rasgos vascos y gruesos anteojos, el indomable Manuel de RIVACOBA Y RIVACOBA, con sus críticas ácidas y su liberalismo penal de viejo cuño, empuñado como imperativo categórico, sus relatos de adolescencia y juventud en las cárceles franquistas, sus estudios y su graduación en derecho y en filosofía durante su prisión, su salida a Francia ataviado como cazador, por los Pirineos, su llegada a la Argentina y a la Universidad del Litoral en Santa Fe, donde iniciamos un trato que duró hasta su desaparición física, su paso por el gobierno de la República en el exilio, su posterior instalación en Chile, en Valparaíso, con temporal regreso a España.

Apenas un paso más atrás ilusiono una figura más bien baja, rostro redondo y enrojecido, mirada bonachona, bigotes desordenados y hablar dulce, pausado e interminable: Francisco BLASCO Y FERNÁNDEZ DE MOREDA, con sus anécdotas de la guerra civil, su paso a Francia como Procurador General, con la caída del último bastión republicano, su interminable viaje junto a su madre, en el buque que llevaba a don Niceto ALCALÁ ZAMORA y que no recibía puerto, hasta la llegada a México, por decisión del Gral. Cárdenas, la acogida en México, la vuelta a París como embajador de la República exiliada ante la UNESCO, su llegada a la Argentina, a la Universidad del Nordeste, en Corrientes.

Algo más distante, creo descubrir desde México la imagen de un hombre alto, delgado, con largas patillas:

Mariano JIMÉNEZ HUERTA, y más cercanamente, el perfil regordete y nervioso de Santiago SENTÍS MELENDO, que, además de su formidable labor de editor y traductor, dejara una profunda huella en nuestro derecho procesal.

Hay otros de los que he recibido enseñanzas mediatas, pero que no tuve la suerte de conocer personalmente: aprendí criminología en la Universidad Nacional Autónoma de México con Alfonso QUIRÓZ CUARÓN, que era discípulo de Mariano RUIZ FUNES y de Constancio Bernaldo DE QUIRÓZ.

Quizá, por un lado el justo brillo de la figura de JIMÉNEZ DE ASÚA, y por otro, la dinámica social como implacable devoradora de la memoria, haga que estos nombres os digan muy poco, pero nosotros les agradeceremos siempre lo que nos han enseñado y le agradeceremos a España la generosidad con que, incluso en la desgracia, nos brindó su cultura a través de estas personalidades formidables.

Pero no sólo debemos agradecer las doctas enseñanzas de estos caracteres fuertes. Recordamos su amor a España, las anécdotas repetidas en interminables pláticas académicas y familiares, su inocultable nostalgia de la tierra lejana, y, más que sus enseñanzas, magistrales siempre, dándonos los mejor de lo que en su tiempo sabían, les agradecemos fundamentalmente su ejemplo, que nos mostró el alto precio que en ocasiones debe pagarse por mantener la coherencia y los principios, y la hidalguía, como lo hicieron hasta terminar sus días en nuestras tierras americanas.

Señor Rector Magnífico:

Ruego a V. E. que no tome a irreverencia que me permita confesarle que hace unos minutos, cuando recibía este grado de sus manos, ilusionaba que también me era entregado por las manos de estos maestros y amigos españoles, a los que tanto debo.

Muchísimas gracias.

LA GLOBALIZACIÓN Y LAS ACTUALES ORIENTACIONES DE LA POLÍTICA CRIMINAL*

"La proporción no siempre es respetada por las leyes romanas y se penan con la muerte la mayoría de los delitos expiados. Este desorden nació con la corrupción de las costumbres y del Estado. En los días mejores de Roma se guardaba más exactamente la proporción de las penas, pero habiéndose perdido la virtud, extinguido el amor al bien público, descuidado la educación pública y, por ende, corrompido las costumbres, crecieron los delitos que se multiplicaron siempre en razón de los vicios. Las penas que contenían en un tiempo a los ciudadanos virtuosos no podían por cierto contener a los hombres corruptos. No se ofrecía entonces otro remedio para los desórdenes públicos que aumentar las penas, puesto que no se podía o no se quería adoptar el verdadero remedio, que era el restablecimiento del antiguo sistema y la vuelta a las buenas costumbres. Por ende, la sangre que expiaba en un tiempo los delitos más atroces se vertió para punir las faltas menos graves.

* Este texto tiene por base los apuntes ordenados de la exposición realizada el 23 de febrero de 1999 en México D.F., en el marco del *2° Seminario Internacional de Derecho Penal* organizado por el *Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales*. Agradecemos al Prof. Dr. Moisés Moreno Hernández y a sus colaboradores tanto la invitación como el honor y la responsabilidad de confiarnos el desarrollo de este tema, y no menos el placer que nos proporciona la oportunidad de regresar al querido México.

La crueldad de las penas devino un principio de legislación criminal cuando el terror debió congelar los espíritus.

Con la exacerbación de las penas nació también la distinción entre ellas según la diversa condición de los ciudadanos, de modo que la pena más grave o más leve no respondía a la mayor o menor atrocidad del delito, sino a la nobleza o plebeyez del delincuente.

Al mismo tiempo que se establecían las penas más graves, éstas se volvieron más arbitrarias, sea porque la arbitrariedad judicial fue consecuencia necesaria de la arbitrariedad política, sea por la falta de un exacto Código Penal".

Francesco Mario Pagano, *Principi del Codice Penale, Opera postuma*, Milano, 1803, p. 58.

I. INTRODUCCIÓN

1. Justo es reconocer que la globalización ha alterado considerablemente el paradigma *centro-periferia*, con tendencia a su replanteamiento en otros términos que –por el momento al menos– no es posible predecir con exactitud. Creemos que, a los que estábamos habituados a pensar en ese paradigma, por mucho que tengamos conciencia de esta transformación, el hábito hace que nos resulte imposible eliminarlo por completo de nuestro horizonte comprensivo, lo que quizá puedan hacer con mayor facilidad los colegas de otras latitudes. Dado que no está claro cómo se modifica, no sabemos si esto es una limitación al conocimiento del fenómeno de la globalización o una ventaja. De toda forma, es una advertencia que creemos necesario formular.

2. Existe –ahora sí– una limitación de conocimiento para cualquiera que se asome al tema, que no puede

obviarse como consideración previa, sea cual fuere el paradigma desde el cual se lo analice. Consiste en las casi infinitas aristas que demandan muchísimas precisiones. Resultaría sencillo ocultar la dificultad parcializando la exposición y limitándola a los aspectos que creemos entender, ocultando en la discreta omisión del resto nuestra docta ignorancia. Esto sería una deslealtad intelectual y, además, conspiraría contra la visión de conjunto. No intentaremos ocultar nuestras dudas y las enormes lagunas ni nos ahorraremos el esfuerzo de síntesis que se requiere para mantener la visión de conjunto del problema, aun a riesgo de que –por sintéticas– algunas afirmaciones puedan tornarse crípticas. Todo ello es mejor que las simplificaciones que importan falseamiento.

II. LA GLOBALIZACIÓN COMO HECHO DE PODER Y EL PENSAMIENTO ÚNICO COMO DISCURSO LEGITIMANTE

1. Marchando directamente al tema, se trata de establecer una *relación* entre un *fenómeno de poder general y otro particular, ambos con sus respectivos discursos e ideologías.* El fenómeno general es la *globalización.* Pero *globalización* es una *expresión ambigua,* porque se emplea tanto para designar *el hecho de poder mismo* como también la *ideología que pretende legitimarlo.* Es indispensable no confundir ambos conceptos y, por ello, preferimos llamar *globalización* al *hecho de poder en sí mismo,* y denominar *pensamiento único, globalismo* (Beck) o *fundamentalismo de mercado* (Soros) a la ideología legitimante. En este entendimiento, la *globalización* no es un discurso, sino nada menos que un *nuevo momento de poder planetario.* Se trata de una realidad de poder que llegó y que, como las anteriores, no es reversible. *La revolución mercantil y el colonialismo* (siglos

XV y XVI), *la revolución industrial y el neocolonialismo* (siglo XVIII y XIX) *y la revolución tecnológica y la globalización* (siglo XX), *son tres momentos de poder planetario.* No falta quien sostiene que la globalización es la totalidad de ese proceso de planetarización del poder (Wallerstein), pues no sería concebible sin las anteriores etapas, pero es preferible reservar su designación para la etapa actual, sin perjuicio de reconocer que –como todo fenómeno de poder– tiene una gestación histórica. Al igual que los anteriores momentos, cambia la perspectiva del mundo en el sentido de un *nuevo marco significativo para todas las cosas*, y también como ellos, viene acompañado de un discurso legitimante (la *supremacía teológica* en el colonialismo, el *evolucionismo racista* en el neocolonialismo, el *pensamiento único* en la globalización). Por ello, *globalización* no es el fundamentalismo de mercado de von Hayeck o de Friedman: ésa es sólo la ideología de algunos de sus intérpretes, que asume función legitimante de las ventajas que obtienen los protagonistas que –por el momento– parecen sacar la mayor ventaja. Así como en el colonialismo, el reconocimiento del hecho irreversible de que Cortés conquistó México no implica asumir la actitud de la Malinche, en la globalización, el *pensamiento único* o *globalismo* no sería más que el *malinchismo* frente al nuevo hecho de poder.

2. Los anteriores momentos de poder produjeron horrores. Prescindiendo –para no ir tan lejos– de los provocados por el colonialismo, es incuestionable que el industrialismo causó los genocidios neocoloniales, las pavorosas explotaciones del centro sobre la periferia, pero también la democracia, la república, las ideas revolucionarias y la conciencia de los derechos humanos, es decir, toda la hoy depreciada ideología de la modernidad, que no es más que el pensamiento humanista. En Brasil convirtió a los esclavos de los ingenios azucareros en libertos hambrientos en las ciudades; en México, trans-

formó a los indios en campesinos siervos de los latifundistas; en Europa, convirtió a los campesinos en los parias urbanos que describieron Dickens y Zola o en nuestros abuelos emigrantes. Su capitalismo salvaje condujo a la crisis y ésta al capitalismo disciplinado y al Estado de bienestar, en algunos lugares del planeta, y también a las guerras mundiales, al Holocausto y a las dictaduras burocráticas monopartidistas. Y el sistema penal fue inmensamente cruel y sanguinario en el momento de la concentración urbana, pero también la reacción liberal impuso límites que el racismo médico policial (positivismo peligrosista) y los estados totalitarios y autoritarios trataron de eliminar. En otras palabras: el control formal punitivo tuvo toda clase de alternativas en la era industrial o neocolonial. No se nos puede escapar que la *globalización abre perspectivas análogas.* No existe el mal absoluto, pero el bien absoluto tampoco es de este mundo: por ello, no creemos que los penalistas debamos asumir actitudes *apocalípticas* ni *integradas,* sino sólo –y nada menos– que *críticas,* lo que no es nada fácil frente a un cambio de paradigma que, como en los casos anteriores, tiende a alterar el significado de todas las cosas y *nos deja sin muchas categorías pensantes para acercarnos a la comprensión de la realidad.*

III. LAS CARACTERÍSTICAS DEL NUEVO PODER PLANETARIO

1. Pueden sintetizarse las principales características de este nuevo momento de poder planetario de la siguiente manera: A) La revolución tecnológica es, ante todo, de comunicaciones: la velocidad de comunicación aumenta hasta límites insospechados hace pocos años. B) Se produjo una reducción del poder regulador económico de todos los Estados, aunque en diferente medida, invocando la necesidad de favorecer un mercado mun-

dial. C) Se acelera la concentración de capital, con evidente predominio del financiero. D) Se desplazan los capitales con costo cero, hasta donde se hallan mayores rentas, por lo general a costa de reducción de costos por recortes de personal y de menor tributación. E) El poder político compite por atraer esos capitales, o sea que los políticos compiten por reducir su poder, especialmente en los países periféricos. F) El uso del salario, del empleo y de la tributación, como variables de ajuste, provoca creciente desempleo y deterioro salarial, la menor recaudación fiscal permite menor inversión social. G) Como resultado de todo lo anterior, los Estados perdieron su capacidad de mediación entre capital y trabajo. H) Los sindicatos carecen de poder para reclamar contra esa situación. I) La especulación financiera adopta formas que cada vez tornan más borrosos los límites entre lo lícito y lo ilícito. J) Los refugios fiscales para capitales de origen ilícito son conocidos por todos y nadie los obstaculiza. K) El sistema tributario se invierte, tratando de compensar la menor tributación del capital con mayor tributación del consumo, que recae sobre los de menor renta.

2. La principal consecuencia social de este fenómeno de poder es la generación de un amplio y creciente sector excluido de la economía. La *relación explotador-explotado* ha sido reemplazada por una *no relación incluido-excluido*. La bibliografía especializada –especialmente alemana y europea en general– habla con frecuencia de la *brasileñización* como generalización de un modelo con un 20% de incluidos y un 80% de excluidos (*sociedad 20 por 80*), que da lugar a una sociedad con aislados *ghetos de ricos* fortificados en un mar de pobreza. En semejante modelo, prácticamente no hay espacio para las clases medias. El *excluido* no es el *explotado*: el último es necesario al sistema; el primero está demás, su existencia misma es innecesaria y molesta, es un *descartable* social.

3. La principal consecuencia política de la globalización es la impotencia del poder político nacional frente al económico globalizado. Esto se explica porque los políticos del primer mundo de los años ochenta han cedido su poder, renunciaron a ejercerlo y, con ello, liberaron fuerzas económicas que al concentrarse supranacionalmente no pueden controlar ni regular. Es decir, que *existe un poder económico globalizado, pero no existe una sociedad global ni tampoco organizaciones internacionales fuertes y menos aún un Estado global.* El pensamiento único, al tratar de legitimar esta situación, se convierte –en cierto sentido– en una *ideología anárquica*: como todo anarquismo es, en definitiva, un *iusnaturalismo* radicalizado. En efecto, *el fundamentalismo de mercado radicaliza el dogma del equilibrio del mercado y lo absolutiza hasta hacer innecesario al Estado.*

IV. El desconcierto ideológico general

1. Un momento de poder planetario diferente modifica el mundo entendido como el conjunto de significados o *para qué* de todos los entes, de tal forma que lo hace incomprensible para la clave de comprensión precedente. Eduardo Galeano observó con acierto que Alicia, para meterse en el mundo al revés, hoy no necesitaría atravesar el espejo, pues le bastaría asomarse a la ventana. Pero no podemos dejar de agregar que es difícil soportar el espectáculo tan duro que ofrece la ventana y que, además, se hace insoportable la impotencia por comprender ese espectáculo. No puede llamar la atención que, en esa emergencia, cunda la actitud de preferir tomar el espejo por la ventana, ilusionando que todo está en orden. Esa confusión es un mecanismo inconsciente de huida que se llama *negación,* pero que asume la forma de *autismo* y –como mecanismo de huida– es la

respuesta corriente al *disparate,* que es la expresión superlativa de la *disparidad* estructural entre realidad y norma, entre ser y deber ser, no ya jurídico –que sería lo de menos– sino también ético. Nadie puede soportar un espectáculo en que todos los valores –incluyendo el de la propia vida humana– se convierten en valores de mercado, sin que pueda explicárselo, sin categorías del pensamiento que le permitan orientarse y operar sobre esa realidad para superarla o transformarla.

2. Esas categorías no existen: estamos ante un mundo que es posible describir pero no explicar, fuera de unos cuantos lugares comunes, porque los *integrados* invocan a David Ricardo y a Charles Darwin, y los *apocalípticos* al Marx utópico. Pretenden explicar el siglo XXI con ideologías del XVIII y del XIX. La angustia de la ventana obedece a que nos asomamos a ella sin categorías del pensamiento que nos permitan explicar lo que vemos. De allí el autismo, la preferencia por el espejo donde todo aparece al revés y, por ende, en aparente orden.

3. Cuando nos asomamos a la ventana desde los discursos del sistema penal, el espectáculo parece aún más insoportable, porque es más disparatado. A la carga emocional del observador como partícipe de esa realidad, se añade la del especialista y se trasciende cualquier capacidad humana de tolerancia a lo incomprensible. Vemos la criminalidad de mercado a escala macroeconómica sin ninguna contención y sus réditos en refugios fiscales conocidos, consentidos y seguros. Las prohibiciones estatales sólo sirven para aumentar las rentas de los mil tráficos prohibidos. El mundo parece sin timón: cada personaje, por poderoso que se crea o manifieste serlo, aparece como un *microchip* descartable en un enorme ingenio electrónico: *no puede dejar de hacer lo que hace, so pena de inmediato reemplazo.* Los teóricos del sistema lo celebran con el nombre de *autopoiesis,* en función de la cual

de nada sirve hacer discursos advirtiendo sobre los riesgos de cataclismos sociales, de crisis total del sistema financiero o de recalentamiento planetario, frente a un montón de microchips insertados en el ingenio o en oferta a él y a un buen número de personas que sonríen frente a los espejos. Algunos conservadores inteligentes comienzan a descubrir que las utopías románticas de Marx eran un signo de la época, usado luego por panfletarios divulgadores, pero que también escribió algo sobre la concentración del capital, que vale la pena leer, al tiempo que otros beneficiarios de la situación caen en la cuenta de que si no se la controla, los arrastrará en la caída.

V. EL DESCONCIERTO EN LAS IDEOLOGÍAS DEL SISTEMA PENAL

1. El desconcierto ideológico general es más grave en los discursos del sistema penal, sean jurídicos, criminológicos o político criminales, teniendo en cuenta que éstos no siempre tuvieron contenido pensante, si se entiende *pensamiento* en sentido originario. Hubo momentos altos, como el derivado del *iluminismo penal* de la segunda mitad del siglo XVIII y primera del XIX, y momentos de profunda decadencia, como el fundacional de la Inquisición (siglo XV) o el de su resurgimiento en el positivismo peligrosista o ideología médico policial. El curso irregular del nivel de pensamiento en el discurso penal señala la agudización de los peligros del desconcierto en esta área, el mayor riesgo de autismo, la menor preparación y entrenamiento para soportar la angustia por la ausencia de categorías del pensamiento.

2. Una brevísima *consideración criminológica* será útil para apreciar la magnitud y las causas del desconcierto de los discursos del sistema penal actual. Ante todo, *la globalización ha enterrado definitivamente el viejo paradigma del simplismo etiológico.* Un sencillo ejemplo

tan cotidiano y banal que ni siquiera merecería la menor consideración periodística, demuestra la complejidad casi infinita del problema: *en cualquier ciudad latinoamericana, un adolescente amenaza a otro con un arma de fuego para robarle su calzado deportivo.* Basta este hecho insignificante para la comunicación y para el propio sistema penal, para plantear la inviabilidad falsaria de cualquier simplismo: 1°) El objeto del robo fue fabricado en Asia por niños esclavizados. 2°) El motivo del robo no es la necesidad de supervivencia, sino que su objeto es elevado a símbolo de *status* entre los adolescentes, conforme a una propaganda mundial. 3°) La producción esclavizada asiática reemplaza el trabajo del padre o la madre del asaltante, despedido en el país por la misma empresa, para reducir costos productivos. 4°) El padre del asaltado, como persona de clase media, puede comprar ese calzado a su hijo, porque obtiene mayores réditos de sus modestos ahorros invertidos. 5°) Se alegrará cuando esos reducidos ahorros le permitan mejores rentas. 6°) Esas rentas aumentarán porque el capital acumulado de todos los ahorristas se invertirá en emprendimientos de mayor rendimiento. 7°) Estos emprendimientos aumentan el rendimiento mediante reducciones del empleo y en lugares donde haya menores impuestos. 8°) Cuanto mayor sea la pequeña renta del padre de la víctima, menores serán las oportunidades de trabajo futuro de la propia víctima del robo y mayores las chances de que el ahorrista de clase media tenga nietos que sean hijos de desocupados. 9°) Los menores impuestos reducirán la inversión social y sus nietos tendrán aún menos oportunidades de salud y educación que el propio asaltante. 10°) No es raro que el padre de la víctima reclame pena de muerte, menores garantías y medidas directas policiales (homicidios) y que vote a políticos que propugnen tales recursos. 11°) Esos políticos terminarán desviando la magra inversión so-

cial hacia su clientelismo (corrupción) y reduciendo aún más las chances de los nietos del ahorrista. 12°) Las policías más arbitrarias serán más corruptas y permitirán mayor contrabando y mercado negro de armas que llegarán a más adolescentes. 13°) La mayor corrupción del sistema penal determinará que sus propias agencias ejecutivas de conviertan en engranajes de la organización criminal o en administradoras de sus zonas liberadas al delito. 14°) Esto aumentará las chances de victimización por secuestro del propio ahorrista y la consiguiente pérdida de su capital. La vieja *causalidad criminológica* entra en una crisis demasiado grande.

3. Esta complejidad en el ámbito de la ciencia social tiene una inmediata consecuencia en el pensamiento jurídico-penal: se hace extremamente difícil referenciar el derecho penal con objetivos de política criminal (como lo intentan algunas corrientes contemporáneas, por ejemplo, ROXIN) sin tener en cuenta esta abrumadora complejidad, por lo cual no es extraño que se opte por dejar a un lado esas referencias y se prefiera volver a construcciones deductivas de tipo más o menos kantiano o hegeliano, sea que esto se lleve a cabo por vía de una radicalización del pensamiento sistémico en sociología (JAKOBS) o de una asunción directa de la ética idealista (KÖHLER), o incluso –lo que es aún peor– por una vuelta a la técnica de los glosadores y posglosadores, que sistematizaban sin referencia a ninguna función política de la pena. Esta regresión no es extraña, pues cabe observar que el *pensamiento único* o fundamentalismo de mercado y el retribucionismo idealista tienen el mismo origen (en el pensamiento del siglo XVIII) y comparten la misma imagen antropológica distorsionada: el pensamiento único convierte en dogma lo que es un ideal, o sea, da como realidad un *deber ser* orientador, que es el equilibrio de los mercados. Esto supone que las conductas humanas se rigen siempre por la razón, lo que presupone que el ser humano

siempre actúa racionalmente. El retribucionismo idealista hace lo mismo: presupone que el ser humano, antes de delinquir, hace un cálculo racional de costos y beneficios. Esto lleva a la conclusión de que aumentando los costos (la pena) disminuyen los delitos. El dogma de la racionalidad de la acción humana como base común del pensamiento único (o fundamentalismo de mercado) y el retribucionismo penal, se pone claramente de manifiesto en obras y teorías como la de Ludwig von MISES, que hace ya muchos años basaba su construcción en un concepto de acción idéntico al del finalismo welzeliano.

4. Parece mentira que, con fundamentos tan endebles, se legitime tanto el poder económico como el sistema penal, contra cualquier evidencia, incluso personal o introspectiva. De nada vale observar que los mercados no tienden al equilibrio sino a una competencia inmediatista sin límite alguno o a comportamientos de manada poco explicables, que hay corridas, pánicos y otros fenómenos que nada tienen de racional, o que los humanos se matan en incontables guerras en todo el planeta, es inútil recordar la historia económica o el psicoanálisis, frente a dogmáticos deductivistas cuyo autismo pasa por alto la genial advertencia de Martin BUBER: *los seres humanos no son racionales, pero pueden llegar a serlo.* Cuando se confunde el deber ser con el ser, el idealismo racionalista se desvirtúa al grado de irracionalismo radical, pues *no hay peor irracionalismo que dar por hecha la racionalidad humana,* con su consiguiente desbaratamiento de cualquier estímulo para luchar por ella, ya que no se lucha por alcanzar un hecho natural.

VI. LOS DELITOS MACROECONÓMICOS: EL PODER PLANETARIO

1. El industrialismo creó la antropología racista para legitimar el neocolonialismo, o sea, el sistema de po-

der planetario, en tanto que inventó la sociología (comenzando por la criminología con Quetelet, Guerry, etc.), para legitimar el control social interno. La globalización –al menos por el momento– es menos creativa, pues, como se ha visto, acude a ideologías de siglos pasados: no inventa *ciencias*, sino que apela a mitos. En síntesis, éstos son *el equilibrio natural de los mercados* a nivel planetario y *la eficacia preventiva del poder punitivo* en lo nacional (o lo que es peor: la necesidad absoluta de reafirmación de la norma, como extremo de irracionalismo romántico idealista). No es de extrañar esta decadencia, porque es sabido que cuanto más irracional es el ejercicio del poder, menor es el nivel de racionalidad discursiva con que se pretende legitimarlo. No debe confundirse en este sentido la racionalidad con la elaboración del discurso: un discurso puede ser altamente sofisticado en su elaboración, pero si se asienta sobre una base falsa, no pasará de un delirio mejor sistematizado, y es notorio que no por ello un delirio se vuelve racional.

2. La realidad del poder planetario es demasiado contradictoria en comparación con los inmediatamente anteriores momentos de poder mundial o, por lo menos, se vivencian de esta manera. Lo que antes fueron delitos contra la economía nacional, como acaparamiento, alteraciones artificiales de los mercados, aprovechamiento de información confidencial, evasiones impositivas, monopolios y oligopolios, e incluso conductas que bordean las tipicidades nacionales de delitos menos sofisticados, como extorsión y estafa, son ahora conductas lícitas en la economía mundial. En ausencia de poder regulador o criminalizante en el plano internacional, se trata de conductas impunes, con la particularidad de que se cometen en proporciones macroeconómicas, es decir, que importan cifras astronómicas. Basta revisar la más elemental bibliografía sobre la materia para encontrar sus descripciones y observar que la apelación a

antiguos métodos criminales se incrementa incesantemente, pues aunque algún operador quiera prescindir de ellos, la competencia los emplea y lo elimina del mercado. De este modo, el llamado crimen organizado –concepto harto discutible, pero que empleamos sólo *brevitatis causa*– se va convirtiendo en la regla y cada día los Estados tienen menos posibilidades de contenerlo, porque son ellos mismos víctimas de sus extorsiones.

3. Los más graves delitos ecológicos son cometidos por el propio poder económico planetarizado por la globalización. Nada hay que detenga la destrucción acelerada de las condiciones de vida planetaria. La conferencia de Río 92 lo demuestra, no habiendo pasado de una expresión de buena voluntad. El poder económico se halla en manos de personas que no tienen otra alternativa que procurar mayores rentas en el menor tiempo, porque de lo contrario pierden la clientela que busca esas rentas y que se desplaza a otros operadores. Uno de los mayores costos de esa rentabilidad es la degradación progresiva e ilimitada del medio ambiente. Los propios operadores se ocupan de calmar a la opinión contratando *científicos* que subestiman los efectos de la depredación descontrolada, mientras desaparecen especies, avanza la desertización, se reducen los bosques, disminuye la capa de ozono y aumenta la temperatura media del planeta y la frecuencia de las catástrofes climáticas.

4. En síntesis, en el orden planetario, puede afirmarse el claro efecto de la *anomia generalizada,* como dato objetivo. La realidad nunca coincide con la norma, porque el deber ser es un ser que no es o que, al menos, aún no es. Pero cuando la realidad se *dispara* respecto de la norma, deviene *disparate,* prescribe un ser que nunca será y la norma queda cancelada por inútil y le aguarda el destino de los desperdicios. La perspectiva de este proceso anómico de poder, proyectada sin contención hacia el futuro, se traduce: *a*) en el creciente dominio del deli-

to económico que tiende a adueñarse de la economía mundial, ante la impotencia de los Estados nacionales y de los organismos internacionales (cada día más las actividades económicas en el nivel planetario irán asumiendo mayor similitud con las prácticas criminales mafiosas); *b*) en el marcado deterioro del medio ambiente, que anuncia la producción de graves alteraciones en la biósfera; *c*) en una progresiva pérdida de poder de los Estados nacionales y de sus operadores políticos.

VII. EL DETERIORO DEL PODER POLÍTICO: EL PODER NACIONAL

1. Es innegable la creciente impotencia del poder político nacional para resolver los problemas sociales derivados de la exclusión y de la degradación de los servicios sociales (incluyendo la seguridad pública). Se trata de un fenómeno que los operadores políticos tratan de minimizar, pero su magnitud no permite ocultamiento ni disimulo. En este contexto, la eclosión comunicativa produce un perfil de político por completo novedoso. Se trata de personas que hablan como si tuviesen poder, lanzan sus escuetos *slogans* ante las cámaras, disimulan como pueden su impotencia y prometen lo que saben que no tienen poder para hacer. En síntesis, ante la imposibilidad de transformar la realidad, asumen actitudes inauténticas y su conducta no se motiva en sus efectos reales sino en los que provoca su proyección comunicadora. Las capacidades actorales se agotan, crece la desconfianza de la opinión pública hacia estos perfiles y toda la actividad política se desacredita: el manierismo de la política es demasiado notorio, carece de la *grâce du naturel* de otros tiempos. Quien no aparece en la pantalla no forma parte del espectáculo y, por ende, está fuera de la política y del mundo virtual en que se desarrolla. Sin duda que la actividad política es,

por su esencia, competitiva y proselitista, por lo cual siempre tiene un aspecto comunicativo o de espectáculo, pero con la globalización se agota en lo que no debiera ser más que un aspecto de la actividad, es decir, se transforma en pura comunicación sin contenido, lo que a mediano plazo termina por ser percibido por el público, que asiste a ella como a un espectáculo reiterativo y poco interesante, llevado a cabo por personajes inauténticos y no confiables. El *síndrome de Weimar* asume dimensiones planetarias. No es posible pensar en una *política criminal racional* donde no hay *política racional,* sino la total degradación a un espectáculo pobre, que acaba en un *Estado espectáculo. La política criminal del Estado espectáculo no puede ser otra cosa que un espectáculo.*

2. A través de la comunicación, surge un fenómeno de *virtualidad* que reemplaza a la realidad: el extremo idealismo en que fue a dar cierta corriente que malinterpretó a la fenomenología hace algunas décadas, que creía que se podía cambiar todo con sólo cambiar los mensajes significantes, pero que pasaba por alto que la fenomenología respetaba y no negaba el material del mundo (*Weltstoff*), parece ser la regla tácita del momento entre los políticos de casi todo el mundo: así como la mayoría de las transacciones del capital financiero son *a término,* es decir, sobre dinero futuro que no existe –lo que genera también un capital virtual– los políticos emiten mensajes para una realidad virtual en que el poder se simboliza. Por cierto que los mensajes no siempre son palabras ni actos simbólicos inofensivos, sino que también son guerras, como la balcánica, con la que entienden simbolizar el reapoderamiento de su poder perdido frente al capital globalizado, o sea que reafirman simbólicamente su hegemonía como señores de la guerra y de la paz.

3. El perfil de político espectáculo es altamente permeable a la corrupción. La corrupción tradicional que-

da opacada por la *corrupción macroeconómica,* como novedad criminológica aún no suficientemente detectada por presentarse con manifestaciones más claras en los países periféricos. La corrupción macroeconómica se distingue de la tradicional en que se practica al amparo de la destrucción del Estado y del mercado mismo. A las economías dirigidas, cerradas y centralizadas, correspondían modelos de Estados gestores, en los que la corrupción tenía lugar en el área de contrataciones; a las economías abiertas corresponden modelos de Estados reguladores, sin los cuales no puede funcionar el mercado, porque nadie lo defiende. *La corrupción macroeconómica tiene lugar cuando se desbarata el Estado gestor pero no se monta –o bien se neutraliza– el Estado regulador, es decir, cuando so pretexto de mundialización del mercado se anulan las aduanas, los bancos centrales, la recaudación fiscal y los entes reguladores de servicios públicos privatizados.* El ámbito de corrupción que se abre con estas maniobras adquiere un volumen que no reconoce precedentes. A su amparo aparecen personajes políticos secundarios, que se han llamado *políticos de bambalinas.*

4. El discurso *anticorrupción* también se globaliza, pero no está totalmente claro que su sentido sea inequívoco y que no encierre una contradicción y quizá una dialéctica. Por lo menos, hasta hace algunos años, era claro que la política de los países centrales era explotar la corrupción de los periféricos. En la actual búsqueda de menores salarios o de trabajo esclavo y menor carga fiscal, el capital se desplaza a países con Estados que no son de derecho (o que lo son sólo de forma) y, por ende, altamente corruptos. En ellos, la mayor renta por el menor salario y carga fiscal, en parte se pierde con los costos de la corrupción, es decir, una suerte de fisco ilícito que hoy resulta disfuncional. El riesgo de la corrupción globalizada es que extiende sus prácticas antes periféri-

cas a los países centrales; su contención y la consiguiente reducción de las exacciones sólo puede lograrse mediante la potenciación de Estados de derecho, pero los Estados de derecho no son compatibles con un 80% de excluidos. Los optimistas integrados suponen que eso puede lograrse mediante un gran crecimiento del *entretenimiento*, lo cual parece bastante disparatado, además de hipócrita.

VIII. EL ESPECTÁCULO CRIMINAL DEL ESPECTÁCULO POLÍTICO

1. Las personas *suelen tolerar la injusticia, pero no pueden tolerar la desesperanza.* Es de la esencia de lo humano tener proyectos y proyectarse. No hay existencia sin proyecto. La exclusión es desesperanza, frustra todos los proyectos, cierra todas las posibilidades, potencia todos los conflictos sociales (cualquiera sea su naturaleza) y los errores de conducta. La civilización industrial generó una cultura del trabajo, que llevaba a definir la identidad por el trabajo; la exclusión y el desempleo no sólo ponen en crisis la supervivencia sino la identidad, siendo, por ende, fuente de los más dispares errores de conducta. El explotado tenía una identidad y también un blanco: el explotador y todo lo que lo simbolizaba. El excluido no tiene un blanco: lo es cualquiera no excluido, sin contar con los errores de conducta que lo llevan a hacer blanco a los propios exluidos. El tejido social se debilita al no haber relación social *incluido-excluido*, se destruyen las relaciones mismas y no sólo las de cooperación, pero si algunas aumentan, son las de conflicto; con la indiferencia y el desconocimiento se abre el espacio de un proceso progresivo de desconfianza, prevención, temor, miedo, pánico y paranoia. La exclusión social se agudiza por el deterioro de la inversión social y de los consiguientes servicios: salud, educación

y previsión. La violencia estructural no puede menos que generar respuestas violentas.

2. Es incuestionable, pues, que *la exclusión –no la pobreza– genera mayores cuotas de violencia social,* pues ella misma es violencia estructural. Frente a esto no hay respuestas racionales de la política espectáculo; por el contrario: entre los servicios sociales deteriorados, se destaca el servicio de seguridad. La ausencia de respuesta a la exclusión hace ilusoria cualquier prevención primaria, pero el deterioro del servicio de seguridad y su participación en el llamado crimen *organizado* y en la corrupción (que es su legítima consorte), degrada también la prevención secundaria. Desde tiempos inmemoriales, en la periferia del poder mundial, el servicio de seguridad pública estuvo confiado a policías militarizadas y sin presupuesto suficiente, es decir, con salarios y equipamientos precarios y sin la conciencia profesional que sólo puede crecer con la sindicalización que, además, es la más importante vacuna contra la corrupción. Para compensarlo, se habilita a la policía una cuota de recaudación ilícita (generalmente juego y prostitución), que se reparte inequitativamente: el poder verticalizado piramidalmente se traduce en un reparto de recaudación ilícita exactamente inverso, es decir, de pirámide invertida. De este modo, se opera una permuta de gobernabilidad por ámbito de corrupción acotado.

3. Pero la globalización ha puesto en crisis terminal a este tradicional mecanismo de permuta: *la destrucción del Estado regulador y el tráfico mundial impiden cualquier acotamiento a la corrupción consentida, porque penetran todos los tráficos ilícitos existentes, especialmente tóxicos, armas y personas.* El propio servicio deteriorado introduce uno de los principales potenciadores de la violencia: los países periféricos están inundados de armas de guerra introducidas a través del contrabando organizado, las policías terminan participando de los

crímenes más horrorosos. Los ricos se *ghetizan,* el servicio de seguridad se privatiza, aumenta la selectividad en la victimización, se acentúan las contradicciones y la conflictividad violenta entre policías, criminalizados y victimizados –todos seleccionados de las capas más desposeídas de las sociedades– que, en definitiva *son funcionales en la medida en que obstaculizan su entendimiento, coalición y protagonismo político.*

4. Los políticos desapoderados no tienen respuesta, pero su espectáculo debe seguir. Cualquier irresponsable clama venganza en los medios masivos, abiertos a los discursos más disparatados. Y *los políticos espectáculo producen leyes penales, que es lo más barato y les da publicidad por un día.* Cobran en unos pocos minutos de televisión la entrega de vidas, libertad, honor y patrimonio de sus conciudadanos, muchos de los cuales –sea dicho de paso– les aplauden la entrega de sus propios derechos a cambio de una ilusión de papel mal impreso. *Tolerancia cero, mano dura* y otros *slogans,* significan sólo mayor arbitrariedad policial. Los políticos quedan aún más desapoderados, porque sobre la base de la corrupción se refuerza el *poder policial autónomo y corporativo* y, con ello, la ineficacia preventiva, la capacidad extorsiva de las corporaciones cada vez más fuertes y comprometidas con los tráficos ilícitos y una nueva potenciación del mismo problema. Casi no hay diferencia entre las actitudes de las fuerzas políticas que responden a la tendencias ideológicas tradicionales: *conservadores y progresistas, reaccionarios y liberales, comparten las mismas reglas. Los progresistas y liberales procuran neutralizar las imputaciones de los conservadores y reaccionarios, con leyes más represivas que las que hubiesen sancionado éstos. Derecha* e *izquierda* pierden sentido en cuanto a sus definiciones tradicionales; quizá la propuesta de Bobbio no sea una mera precisión, sino todo un replanteo: *izquierda y progresismo, en la globali-*

zación, parecieran ser sinónimo de lucha contra la discriminación y la exclusión que la presupone. Volveremos a ello más adelante. En síntesis: *a*) la población acaba atrapada entre el miedo a la policía y a la agresión callejera; *b*) los políticos, desprestigiados por sus pésimas actuaciones y peores espectáculos; *c*) los partidos sin representatividad, con su autoridad moral destruida por la corrupción; *d*) la legislación penal, retrotraída al premodernismo; *e*) el Derecho es despreciado por inútil; *f*) las clases medias están prestas a identificar a cualquier diferente como enemigo; *g*) los demagogos *extrasistema* están al acecho. El síndrome de *Weimar* no es pura coincidencia, sólo que *Weimar* era en Alemania y *esto se está extendiendo desde la periferia al mundo entero.*

5. En el plano estrictamente legislativo, las leyes penales han asumido la función de mensajes de reafirmación de poder virtual de los políticos impotentes y desapoderados, dirigidos a la población con la intención de renormalizar situaciones que no pueden resolver en el plano de los hechos reales. Se pretende regular lo que no hay poder que regule y se elabora una legislación penal económica que no será aplicable en la práctica, porque produciría un inmediato desplazamiento de capital que el poder político no está en condiciones de evitar. Se quiere regular el mercado creando ilicitudes cuando no existe poder regulador eficaz, de modo que no se hace más que encarecer los servicios y objetos ilícitos. Se *administrativiza* la legislación penal ante la ineficacia de la legislación administrativa, lo que en realidad es una *banalización* de la ley penal, que se considera útil para cualquier objeto. Disminuyen las garantías procesales y se restituyen instituciones medievales, tales como la delación y testigos, jueces y fiscales secretos o anónimos. Nunca antes la legislación penal había abarcado un número de conductas tan amplio como en el presente: cada día son menos los ilícitos administrativos que no son

al mismo tiempo penales (como delitos o como contravenciones). La tipicidad ya no selecciona de la antijuridicidad algunos ilícitos, sino que parece seleccionar los que excluye de su ámbito, tendiendo a ser un sistema continuo de prohibiciones penales con excepciones no penales. El material para la elaboración de mensajes legislativos simbólicos se está agotando.

VIII. El centro y el margen: el proceso de igualación

1. Insensiblemente, hemos venido describiendo realidades periféricas y advirtiendo su extensión al mundo central. Como lo dijimos al comienzo, no sabemos exactamente en qué forma y con qué caracteres se proyecta en definitiva, pero no nos cabe duda de que la relación *centro-periferia* se está alterando notoriamente. Hasta hace unos años, hablábamos de una *criminología desde el margen* y de un *realismo marginal* en el derecho penal. El *margen* era nuestra América Latina; el *centro* era el norte. Creíamos que frente a la crítica criminológica del norte debíamos ensayar la nuestra, *marginal*. El dinamismo vertiginoso de la globalización tiende a cambiar de lugar el *margen* y a dejarnos sin *centro*. Hoy comienza a haber *márgenes* cada vez mayores en los viejos centros: por eso allí se habla con creciente frecuencia de la *brasileñización*, para describir el fenómeno que se universaliza aceleradamente: la formación de los ghetos aislados de incluidos en un mar humano de excluidos.

2. Quizá el blanco victimizante más importante de la globalización sean los sectores del trabajo del viejo centro, donde *son más los que tienen más para perder*: ya no hay pleno empleo en los antiguos países centrales y el objetivo parece ser que sus salarios deban competir con los malayos y tailandeses. La marginación se está globalizando y la dialéctica *explotador-explotado* tam-

bién allí está siendo reemplazada por una pura división entre incluidos y excluidos, frente a los cuales no existen ni siquiera los límites de la ley de bronce, porque justamente, para el sistema, lo mejor es que los excluidos desaparezcan. Los países que tratan de paliar este proceso con medidas previsionales obtienen como resultado su postergación en la carrera por el *crecimiento*: su PBI no crece o crece a ritmo menos acelerado que los que se desentienden de las consecuencias de la exclusión social.

IX. Las perspectivas inmediatas del poder punitivo, de los discursos del sistema penal y de los derechos humanos

1. Es tan evidente como inevitable –al menos en el corto plazo– el deterioro de los derechos humanos. No hay signos que permitan predecir una reacción rápida o inmediata en sentido contrario. Con el desapoderamiento o subalternización de la política, la globalización ha generado dos movimientos simétricos y opuestos: la *regionalización* y la *fragmentación*. Ante el espectáculo político, los *outsiders* xenófobos instigan a la fragmentación y atribuyen todos los males a la regionalización y a los recién llegados. No es posible hacer a un lado el horror yugoslavo cuando estallan Estados, y grupos sectarios declaran independencias demenciales, o cuando en México o en Brasil, aunque con polos invertidos, algunos oponen Estados del norte y del sur. Vivimos una realidad cruenta de racismo, guerras étnicas y xenofobia. Buchanan, Le Pen, Haider, Bossi o Peters son reales y están tan presentes como Yugoslavia, África y las experiencias nucleares en la India y Pakistán. Ninguna de estas perspectivas es buena para un ejercicio poco irracional del poder punitivo.

2. El discurso jurídico-penal podría oponer una ligera resistencia y contribuir a una visión más realista, pero la marcada tendencia a huir hacia el idealismo (o hacia sistemas cerrados por otra vía metodológica) y compartir la perspectiva antropológica del pensamiento único no vaticinan una gran eficacia contentora. Las construcciones teóricas del derecho penal en la forma de sistemas cerrados (no alimentados con datos de la realidad y deducidos sólo de la función que el constructor asigna arbitrariamente a la pena) adelantan lo que los científicos vislumbran como el riesgo de la inteligencia artificial en la robótica del futuro y los llaman *rizos de retroalimentación* que *enloquecen* el sistema. En realidad, *un sistema cerrado y deducido, puesto en manos judiciales para resolver todos los casos, no es más que el programa de un complicado –quizá no tanto– robot para fabricar sentencias.*

3. El sistema cerrado o robótico del derecho penal tiende a incluir y a racionalizar la legislación desordenadamente producida por los políticos del Estado espectáculo en su creciente e incesante producción de mensajes de poder virtual. En definitiva, se llega a sostener que la teorización debe ser funcional a éstos porque de lo contrario, sería excluida del sistema. Por ende, hay quienes resignadamente se ofrecen de buen grado a ponerse al servicio de esos mensajes y, más aún, a entrenar a las futuras generaciones de juristas para que sólo aprendan a hacer lo propio. Es así que no falta una pretendida teoría penal que insiste en el mero efecto simbólico de la ley penal y lo asume, elaborada a la medida de las exigencias de los políticos de la farándula, pasando por alto que la ley penal se traduce en criminalizaciones secundarias, en forma selectiva, hacia los más vulnerables. Se renuevan teorías de hace siglos sin dar cuenta de su origen, que muchas veces incluso se ignora: *a*) Se renuncia al principio de lesividad, ya no

con los delitos de peligro abstracto o ficto, sino con la tesis de que hay delitos *acumulativos*, es decir, que no afectan a nadie, pero que, si todos los practicásemos, afectarían a todos: es el argumento usado por FEUERBACH hace doscientos años, para racionalizar la punición de la sodomía. *b*) Se revitalizan las viejas racionalizaciones de SPRENGER y KRAMER en el *Martillo de las Brujas*, de 1484, o de EYMERICH en el *Manual de los Inquisidores*, de 1376, para legitimar las pruebas ilícitas introducidas en procesos penales extraordinarios y que tienden –como entonces– a ordinarizarse. *c*) Se sostiene que debe hacerse un *derecho penal de dos velocidades*: uno con mayores garantías para los débiles y otro con menores garantías para los poderosos, ignorando que el último no hará otra cosa que alcanzar a los menos poderosos, a los no poderosos que aspiran a serlo, o a los que han perdido frente a otros más poderosos y que, además, terminará ordinarizándose. *d*) Se reconoce que el derecho penal para los poderosos será de aplicación más excepcional, por lo que se propone compensar la impunidad con más pena para los pocos casos en que se aplique: se olvida que esta regla ya la propuso BENTHAM y la rebatió CARMIGNANI como carente de cualquier lógica. Su traducción práctica es que a los menos poderosos que atrape se le aplicará más pena para que la gente crea en su eficacia. *e*) Se sostiene también que cuanto menor gravedad tiene una pena, menores son las garantías con las que debe rodearse su imposición. Se olvida que el poder configurador cotidiano –que es el más importante del poder punitivo– se maneja con penas menores y hasta contravencionales, en tanto que las más graves –incluyendo la pena de muerte– tienen muy poca importancia configuradora, dado que la mayoría de la población se abstiene de semejantes crímenes. *f*) Por otra parte, es razonable deducir el resultado de un planteo que pretende disminuir las garantías para las penas de los poderosos

menos poderosos o no poderosos, pero también para las penas leves –en las que no incurren los poderosos– y también para las que se imponen por la emergencia de turno, es decir, para todas.

X. PERSPECTIVAS POSIBLES

1. De cualquier manera, no es cuestión de desesperar y dejar la ventana u optar por el espejo. Discursos jurídico-penales fueron en el siglo XVIII tanto los de los *prácticos* y posglosadores, como los de BECCARIA, VERRI, HOWARD y SONNENFELS: mientras los primeros se esforzaban por explicar razonadamente en qué casos y cómo se impone y ejecuta la tortura, los segundos querían abolirla. Es incuestionable que la globalización dará lugar a discursos jurídico-penales igualmente dispares y encontrados, cuando no sorprendentes. Un proceso de poder planetario es siempre extremadamente complejo y contradictorio y, en los repliegues de sus conflictos, queda espacio para discursos de poder incompatibles. Entre los penalistas, también hubo siempre quienes mostraron preferencia por los posglosadores y quienes se inclinaron por BECCARIA, VERRI y SONNENFELS. Lo importante será ver cómo jugarán los diferentes discursos en la dinámica del proceso de poder llamado *globalización,* a cuyo inicio estamos asistiendo.

2. En realidad, la globalización desconcierta, porque lo primero que pone en duda es nada menos que el conocimiento mismo: nos impone un pensar con humildad, sin pretensiones omnipotentes, de modo muy prudente. Parece ser la única forma de extraer algunas conclusiones y hallar unas pocas explicaciones. También nos impone controlar nuestra emociones, refrenar el impacto que produce un mundo por completo diferente al que estábamos habituados y, por ende, superar el pesimismo de los

anómicos y apocalípticos tanto como el optimismo de los *autistas* e integrados. Desde la interrogación modesta, quizá se pueda entrever algo del futuro del proceso globalizador y deducir algunas líneas de comportamiento frente a él, a condición de preguntarnos preferentemente *qué vemos,* sin desilusionarnos por no poder explicarlo totalmente. Después de todo, la tecnología nos habitúa a usar ingenios que sabemos para qué sirven, pero no cómo funcionan y menos cómo se construyen.

3. Si en lo planetario, lo que estamos viendo desde la ventana es otro momento de poder, debemos presuponer que, como los anteriores, tiene límites. Un ingenio donde todos son microchips no puede ser tan perfecto y de hecho no lo es. La extorsión sólo llega hasta el límite del temor: cuando no queda nada por perder, el temor cesa y el chantaje fracasa. La desregulación de todo, es decir, la minimización del poder político para optimizar réditos, también tiene límites: cuando no hay poder regulador, nada se puede regular, no hay licitud ni ilicitud, el crimen de mercado tampoco puede ser controlado. Toda la actividad se convierte en *crimen organizado* (con las debidas reservas respecto del sentido de esa expresión). En términos macroeconómicos, la especulación descontrolada pone a cada rato toda la máquina al borde del desastre, la ilicitud globalizada corrompe toda estructura de poder y la vuelve disfuncional para la renta, el monopolio acaba con el mercado, el desempleo termina con la capacidad de consumo. Cabe pensar que algo sucederá en el propio ingenio, aunque sea después de algún descalabro. Los propios operadores de la economía globalizada comienzan a requerir regulaciones, son conscientes del riesgo, aunque los políticos espectáculo son los únicos que no parecen reparar en ello: se han habituado tanto a no hacer nada en serio, que confunden la proyección de sus sombras chinescas con la acción. Se trata de una modalidad que antes es-

taba reservada a la periferia, pero que ahora se observa con preocupación en los países centrales. La falla está en los propios políticos mediáticos, que son incapaces de confesar sus limitaciones y plantearlas con claridad a la opinión pública, y que quizá –lo que es más grave aún– ni siquiera se dan cuenta de ellas. Mientras algunos operadores financieros comienzan a advertir el peligro, los políticos espectáculo y las burocracias internacionales se obstinan en su realidad virtual, confunden el espejo con la ventana. Pero las voces de alarma indican que, por lo menos, no todos los operadores son suicidas.

4. En el plano del control social punitivo interno de cada Estado, la potenciación del poder autónomo de las corporaciones policiales no puede elevarse al infinito, porque éstas, al autonomizarse, se lanzan al crimen, desplazando y compitiendo con otros poderes y llegando a dar golpes de Estado. Por impotentes e incompetentes que sean los políticos espectáculo, en un momento se percatarán del riesgo creciente que corren, al menos los de los países centrales. Cabe pensar que un resto de instinto de conservación de clase les queda. No obstante, también es verdad que en Weimar no se dieron cuenta del riesgo.

5. Pero lo más seguro que puede afirmarse respecto del futuro –quizá lo único– es que miles de millones de personas excluidas no se quedarán mirando espejos hasta desaparecer. La globalización tiene muchas dimensiones y contradicciones, pero quizá la más notoria tenga lugar con la comunicación, con cuya revolución tecnológica mantiene un vínculo casi de identificación. La competencia baja costos rápidamente en el área de las comunicaciones. En el siglo pasado, los libertos brasileños, los campesinos mexicanos y los niños de las minas inglesas, no se conocían entre sí e incluso ignoraban su existencia. La globalización no podrá evitar la forma-

ción de una sociedad civil globalizada e incluso su propia revolución tecnológica la impulsará, pese a todos los obstáculos que quieran oponerle. Por otra parte, los nuevos excluidos –clase media– aprenderán a sobrevivir de los explotados de ayer y aportarán a éstos el entrenamiento que les faltaba. En los márgenes – antiguos y nuevos, es decir, en la vieja periferia y en la exclusión de las urbes de los viejos países centrales– nadie se quedará quieto mucho tiempo, y no siempre se moverán con errores que alimenten prejuicios y discriminaciones o que ingenuamente ofrezcan el rostro a la represión.

XI. El sentido de la acción

1. Aunque no sea nada fácil y pese a que requiera un camino pleno de contradicciones y malos entendidos, la dialéctica entre incluidos y excluidos es tan inevitable como la catástrofe del modelo si no alcanza alguna regulación ordenadora. El tejido social se reconstruirá y, aunque sea sobre bases que no podemos imaginar, surgirán culturas y respuestas alternativas, porque *los excluidos también tienen imaginación* y disponen de lo que los incluidos carecen: *tiempo*. El ser humano no puede *no existir* sin dejar de ser humano. Cuando se cierran abruptamente los caminos de la existencia (de los proyectos) se abren otros y los seres humanos siguen existiendo. Esto lo saben los mismos ideólogos de la sociedad excluyente y, por ello, proponen el entretenimiento del 80% sobrante, es decir, inventarles una realidad virtual para sus proyectos de existencias virtuales, quitarles la humanidad. Pero olvidan que el ser humano tampoco se conforma con la sola existencia en la inautenticidad, en el entretenimiento del *das man* impersonal y del parloteo. Por lo menos, en todo curso vital existen momentos críticos en los que esto no alcanza. El progra-

ma de entretenimiento del 80% sobrante es nada menos que un proyecto de transmutación de humanos en algo diferente, que por el momento no parece ser otra cosa que obesos ingiriendo alimentos de altas calorías y contenidos grasos, apoltronados y con la vista fija en pantallas que pasan vertiginosamente escenas de hiperactividad violenta.

2. Si la ideología de este primer momento de globalización es la exclusión y la sociedad 20 y 80, es necesario no abjurar de la globalización como fenómeno, sino *acomodarse a su dimensión y en ella oponer una ideología y una acción contraria, a favor de una sociedad global inclusiva y no discriminatoria.* No será posible salir de esta etapa negativa de la globalización apelando a los métodos revolucionarios del neocolonialismo o del industrialismo. En el momento de poder planetario de la globalización no se transforma la realidad tomando el *Palacio de Invierno,* no ya por razones éticas o de otra naturaleza contra la violencia, sino sencillamente porque *no hay Palacio de Invierno.* Es poco lo que se puede hacer desde el poder político nacional para transformar la realidad globalizada, debido a su deterioro y subalternización. El bien más codiciable por su efecto transformador es el *saber. El poder lo ejerce quien tiene el conocimiento y la información.* Si se logra que el 20% de incluidos no ejerza el monopolio del saber, se le habrá quitado o por lo menos se le estará disputando el poder. Ese debe ser, pues, el campo a disputar, por ciclópea que parezca la empresa y por absurda frente a las categorías de pensamiento y acción políticas del industrialismo, en las que estamos entrenados.

3. El objetivo inmediato más importante para impulsar la nueva dialéctica entre excluidos e incluidos es la *garantía de condiciones mínimas de alimentación, salud e instrucción* para los excluidos. Por débiles que sean los Estados, este objetivo puede lograrse aun valiéndonos

de las estructuras estatales secundarias y terciarias (provincias y municipios) bien administradas. Asegurando de este modo la supervivencia de los excluidos y la instrucción necesaria para aprovechar la información; de proporcionar la propia información se ocupará la misma globalización con su creciente y contradictorio abaratamiento del área de la comunicación. Los incluidos carecen de tiempo para aprovechar toda la *información no basura* que reciben, los excluidos lo tienen sobradamente. *Si poder es saber, es menester apoderarse del saber.* Ese apoderamiento del saber permitirá: *a) la competencia con los incluidos, b) su empleo diferencial y contracultural respecto de los incluidos y c) el surgimiento de culturas globalizadas conforme a nuevas y reactivas normas para utilización del saber.*

4. De estas nuevas culturas globalizadas y alternativas emergerán nuevas formas de pensamiento y de conocimiento, modos de reelaborar el propio conocimiento y de abrir paso a un saber que no sea de *dominus,* que no sea el saber del interrogador inquisitorial, el *saber para poder ejercer dominio,* el saber que interroga, pero que no está preparado para escuchar, sino un saber dialogal con todo *lo que está en el mundo.* Así como del saber adquirido por *lucha* (del guerrero) se pasó al adquirido por *interrogación* (del señor, *dominus*), será necesario pasar de éste al saber *dialogal* (del *frater*). Sólo una cultura alternativa de excluidos puede alcanzar ese saber, frente a la crisis de supervivencia planetaria a que lleva el desarrollo último del saber interrogador inquisitorial de *dominus.*

5. No está claro quién puede convocar a una coalición de excluidos del mundo para luchar por el conocimiento, conscientes del poder que ello implica. Con seguridad, no serán extraños a esta convocatoria los movimientos feministas, por representar a la mitad de la humanidad subalternizada, en la medida en que aprendan a huir de las trampas que les tiende la propia es-

tructura patriarcal para que se dediquen a enviar mensajes en leyes penales y con ello se sumen a su política espectáculo. Como toda lucha, la coherencia de la coalición garantizará su eficacia y permitirá enfrentar cualquier violencia con los medios más pacíficos o no violentos y más eficaces. Es verdad que aún no hay un grito convocante, pero no es menos cierto que la *exclusión discriminante y creciente, sumada a mínimas condiciones de supervivencia, tiempo e información*, son componentes que no pueden dejar de producir una dinámica competitiva y de confrontación de los excluidos con los incluidos, que tienen el dinero virtual, pero que no disponen de *tiempo* y no pueden digerir la información.

6. La verdadera sociedad global pareciera que debe comenzar a configurarse mediante un apoderamiento del conocimiento por parte de los diferentes grupos excluidos. De su capacidad de coalición dependerá su eficacia transformadora, pero cuando fuera de los *ghetos ricos,* en los *pueblos jóvenes*, en las *favelas* y en las *villas miseria*, se puedan elaborar tesis con los mismos materiales que en Harvard o en Heidelberg, la dialéctica de la globalización estará en pleno funcionamiento.

7. La lucha por el conocimiento es imprescindible para evitar una *sacralización de la discriminación*, una suerte de *profecía autorrealizable del racismo.* La dialéctica puesta en marcha por los excluidos, ayudados por los que no quieren ser del todo excluidos, es la principal esperanza para la ciclópea tarea de estimular a los nuevos líderes africanos, de incorporar a la coalición de excluidos a los pueblos olvidados de todo el planeta, antes que los saberes de la genética permitan sacralizar diferencias biológicas y transformar la discriminación en reales privilegios genéticos.

XII. EL SABER PENAL DE LA GLOBALIZACIÓN

1. Corresponderá al pensamiento penal, criminológico y político criminal progresista de la globalización la tarea de *esforzarse por contener el poder punitivo que quiera arrasar las culturas alternativas de excluidos* y que –con seguridad– no escatimará esfuerzos para hacerlo. Debe contarse con que este poder punitivo asumirá formas nuevas, pues el control penal en poco tiempo cambiará totalmente su fisonomía. Técnicamente es ya posible reemplazar las cárceles por el control electrónico de conducta, que es mucho más barato y, por ende, aplicable a mayor número de personas. El poder de observación y vigilancia ha aumentado considerablemente, pero en pocos años alcanzará niveles nunca imaginados. Las casas y edificios inteligentes serán un gran avance tecnológico que, sin duda, brindará muchas comodidades a los incluidos, pero significará también el fin de la privacidad y cada edificio será una prisión en potencia. El lugar del pensamiento penal progresista será junto a las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, empeñadas en la preservación de las alternativas que surjan desde fuera de los *ghetos* de incluidos. De este lado estarán los colegas que, descendiendo de BECCARIA, VERRI y SONNENFELS, HOWARD, FEUERBACH, CARMIGNANI, se empeñen en la tarea cada vez más comprometida de elaborar discursos jurídico-penales que preserven los espacios sociales para las culturas alternativas de los excluidos y la nueva sociedad globalizada. Lamentablemente, no faltarán tampoco discursos de hechura de la glosa tardía, que Francesco CARRARA despreciaba como *la schifosa scienza*. Será inevitable, como lo fue en los anteriores momentos de poder planetario y, especialmente, en el inmediatamente precedente.

2. Por lo que vemos desde la ventana, estamos seguros de que algo cambiará *a*) antes de que toda la econo-

mía mundial se convierta en una gran organización mafiosa y estalle, cobrando como primeras víctimas a sus propios operadores; *b*) antes de que las corporaciones policiales se conviertan en bandas asesinas que depongan gobiernos y usurpen el poder político; *c*) antes de que el 80% excluido de la población mundial desaparezca; *d*) antes de que los Le Pen, Buchanan, Haider y mil Hitlers locos –o más locos aún– tomen los gobiernos, y *e*) antes de que la tendencia globalizante a la *brasileñización* sea reemplazada por la tendencia a la *yugoslavización*. Por supuesto que debemos seguir en la ventana para descubrir qué cambiará, para tratar de contribuir a pensarlo y a impulsarlo, para tratar de minimizar los obstáculos que pueda hallar el cambio. *Nada se produce solo y es responsabilidad de todos.*

3. El sistema penal seguirá las alternativas de esos *antes* y quizá –también y por desgracia– de algún *después*, con sus momentos *disparatados* y con otros de mera *disparidad*. Y el discurso jurídico, criminológico y político criminal, legitimará o deslegitimará los disparates, según que los autores elijan cultivar la *schifosa scienza* o el verdadero saber penal: la experiencia anterior indica que a los primeros no los recuerda nadie, salvo como curiosidad.

4. Lo único verdaderamente penoso es que –conforme a toda la experiencia anterior– el camino hacia la sociedad global, la coalición de excluidos y la lucha y apoderamiento del saber, no será lineal. Son caminos civilizadores que estuvieron siempre plagados de marchas y contramarchas, contradicciones y despistes, senderos ciegos y ensayos errados. Toda la historia enseña que muchos discursos penales y criminológicos alentaron a perderse por esos recovecos y desvíos, y lo triste es que en ellos suelen quedar cadáveres. Sea dicho con la sinceridad de un *optimista activo y no ingenuo*, es decir, de quien no se confunde el espejo con la ventana y cuenta

lo que ve desde la ventana, sin vender optimismos gratuitos, so pena de sumarse al espectáculo globalizado en actitud malinchista**.

** Es imposible citar toda la bibliografía que sustenta los múltiples temas referidos a la globalización y a sus efectos penales. A mero título de indicación de los caminos de información transitados en este texto, nos permitimos indicar los siguientes trabajos.

ALONSO ZALDÍVAR, Carlos, *Variaciones sobre un mundo en cambio*, Madrid, 1996.

BECK, Ulrich, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, 1999.

BOBBIO, Norberto, *Derecha e izquierda*, Madrid, 1995.

BÖGEL, Marion, *Strukturen und Systemanalyse der organizierten Kriminalität in Deutschland*, Berlin, 1994.

Camera dei Deputati, *La lotta alla corruzione*, Bari, 1998.

CHOMSKY, Noam, *Habla de América Latina*, Buenos Aires, 1998.

CHOMSKY Noam-DIETERICH, Heinz, *La sociedad global. Educación, mercado y democracia*, Santiago de Chile, 1996.

DAHRENDORF, Ralf, *O conflito social moderno*, Rio de Janeiro, 1992.

DALMAU, Héctor Horacio, *El país de los ríos muertos*, Buenos Aires, 1995.

ENZENBERGER, Hans Magnus, *Guerra civil*, São Paulo, 1995.

FERRAJOLI, Luigi, *La sovranità nel mondo moderno*, Roma, 1997.

FORRESTER, Viviane, *El horror económico*, Buenos Aires, 1997.

FOUCAULT, Michel, *El saber y las formas jurídicas*, Barcelona, 1980.

FURTADO, Celso, *O capitalismo global*, Rio de Janeiro, 1998.

GALEANO, Eduardo, *Patas arriba. La escuela del mundo al revés*, Montevideo, 1998.

HOBSBAWM, Eric J., *Il secolo breve, 1914-1991: l'era dei grandi cataclismi*, Milano, 1995.

HUNTINGTON, Samuel P., *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Barcelona, 1997.

IANNI, Octavio, *A era do globalismo*, Rio de Janeiro, 1997.

KAKU, Michio, *Visiones. Cómo la ciencia revolucionará la materia, la vida y la mente en el siglo XXI*, Madrid, 1998.

KING, Anthony, *Global cities*, London, 1991.
LAQUEUR, Walter, *La Repubblica di Weimar*, Milano, 1974.
LASH, Scott-URRY, John, *The end of organized capitalism*, Madison, 1987.
LÓPEZ, Ernesto, *Globalización y democracia*, Buenos Aires, 1998.
MARTIN, Han-Peter–SCHUMANN, Harald, *Die Globalisierungsfalle*, Hamburg, 1996.
MISES, Ludwig von, *Epistemological problems of economics*, New York, 1981.
MOCCIA, Sergio, *La perenne emergenza. Tendenzie autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997.
RAMONET, Ignacio, *Un mundo sin rumbo. Crisis de fin de siglo*, Madrid, 1997.
RIFKIN, Jeremy, *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo, el nacimiento de una nueva era*, Buenos Aires, 1997.
ROCCHINI, Piero, *La neurosis del poder*, Madrid, 1993.
RUGGIERO, Vincenzo, *Economie sporche. L'impresa criminale in Europa*, Torino, 1996.
——, *Delitti dei deboli e dei potenti. Ezercizi di anticriminologia*, Torino, 1999.
SADER, Emir (Organizador), *O mundo depois da queda*, Rio de Janeiro, 1995.
SAPELLI, Giulio, *Cleptocracia, El mecanismo único de corrupción entre economía y política*, Buenos Aires, 1998.
SILVER, Lee M., *Vuelta al Edén. Más allá de la clonación en un mundo feliz*, Madrid, 1998.
SIMONETTI, José María, *El ocaso de la virtud*, Buenos Aires, 1998.
SOROS, George, *La crisis del capitalismo global. La sociedad abierta en peligro*, Buenos Aires, 1999.
THESING, Josef-HOFMEISTER, Wilhelm, *Medios de comunicación, democracia y poder*, Buenos Aires, 1995.
THUROW, Lester, *Cabeça a cabeça, A batalha econômica entre Japao, Europa e Estados Unidos*, Rio de Janeiro, 1993.
TUSELL, Javier, *La revolución posdemocrática*, Oviedo, 1997.
SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard, *O Estado espetáculo*, São Paulo, 1978.
WALLERSTEIN, Immanuel, *Utopística o las opciones históricas del siglo XXI*, México, 1998.

QUI PEUT ET N'EMPÊCHE PÈCHE, PERO NO DELINQUE
(Acerca de la inconstitucionalidad de los tipos omisivos impropios no escritos)*

1. Domina ampliamente en la doctrina la afirmación de que los tipos impropios de omisión no están todos escritos, sosteniéndose que el juez los debe completar, individualizando las características de los autores conforme a los modelos legales de los que se hallan escritos. Por ende, los tipos impropios de omisión no escritos serían tipos abiertos, al igual que los tipos culposos. Partiendo de estas premisas y, observando que en los tipos escritos la posición de garante (el círculo de posibles autores) está definido en la ley, pues todos son *delicta propria*, se hace necesario delimitarla en los que se consideran tipos omisivos impropios no escritos. Para ello se apela a criterios generales, que han sido introducidos legislativamente en los Códigos más recientes a partir del artículo 13 del Código alemán, que sirvió de modelo a los restantes: art. 2 del Código austríaco, art. 11 del Código español, art. 10 del portugués, art. 13, 2°, del brasileño, etcétera.

2. En esta corriente legislativa –de la que hace excepción el Código francés de 1994–, además de criterios ge-

* Publicado en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, volumen I.

nerales para sustituir las faltantes definiciones de posición de garante, suele establecerse una equivalencia de la omisión con la acción, con lo cual, por un lado, se crea una cláusula de equivalencia, pero, por otro, también se introduce una cláusula de correspondencia, que implica un correctivo a la posición de garante, para los casos en que, pese a ella, la conducta no alcance un contenido de injusto correspondiente al de la tipicidad activa. Aunque en el Código argentino no existe ninguna de estas cláusulas, en general la doctrina ha sostenido una construcción análoga, fundada en la supuesta necesidad derivada de considerar inadmisible o escandalosa la imaginada impunidad de los impropios delitos de omisión no escritos.

3. Siguiendo esta tradición, la bibliografía argentina suele reconocer como fuente de la obligación de actuar, para la construcción analógica de los tipos de los impropios delitos de omisión, la ley, el contrato y la conducta anterior o precedente del sujeto. Con todo, en la doctrina europea se sostiene que no es el mero deber de actuar, sino la particular posición en que se halla el sujeto activo respecto de un bien jurídico o frente a una fuente de peligro[1]. Se privilegian hoy los contenidos de los deberes más que las fuentes formales de éstos, sosteniéndose que si bien todo garante tiene el deber de ac-

[1] KAUFMANN, Armin, *Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 283; JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, 1996, p. 621; SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, 16/39; SCHÖNKE-SCHRÖDER-STREE, § 13, margen 9; MIR PUIG, p. 308; MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte general*, Valencia, 1996, p. 262; BUSTOS, *Manual de Derecho Penal, Parte general*, Barcelona, 1994, p. 384; SILVA SÁNCHEZ, *La comisión por omisión y el nuevo Código Penal español*, en "Consideraciones sobre la teoría del delito", Bs. As., 1998, ps. 73-124; ROMEO CASABONA, Carlos María, *Límites de los delitos de comisión por omisión*, en "Omisión e imputación objetiva en derecho penal", Madrid, 1994, p. 38.

tuar, no todo el que tiene el deber de actuar es garante. De allí que otros orienten la cuestión por la clasificación de los deberes, atendiendo al ámbito de responsabilidad por organización y por deberes en virtud de responsabilidad institucional. Entre los primeros aparecen los deberes de aseguramiento frente a peligros derivados de objetos o actividades empresariales, abarcándose también el comportamiento precedente, el peligroso de otras personas (en particular el delictivo), el uso de fuentes de peligro utilizadas por otras personas, deberes de aseguramiento por el poder sobre terceros, deberes de salvación respecto de cursos causales peligrosos, por asunción de deberes, deberes de impedir autolesiones. Las responsabilidades del segundo grupo serían las derivadas de las relaciones paterno filial, del matrimonio, de la tutela, relaciones de confianza especial como las genuinamente estatales, que abarcan la seguridad y asistencia frente a catástrofes y peligros graves, hasta el deber de todo funcionario de controlar las irregularidades relevantes para el servicio y la seguridad interna y externa[2].

4. Según las tesis más corrientes en cuanto a la posición de garante como base limitadora de la construcción analógica, se sostiene que el deber de actuar derivado de la ley misma se erige en deber de garantía *a*) cuando imponga el cuidado de una persona, como es el padre para los hijos; pero no cuando se trate de un deber legal general como es el de ayuda. En el famoso caso del jardinero despedido que ve ahogarse al niño y lo deja, que de forma diferente resolvieron SOLER y JIMÉNEZ DE ASÚA[3], toda vez que el jardinero no estaba más obligado que cualquier otro partícipe de la comunidad jurídica, no podría ser más que autor de un delito de omi-

[2] JAKOBS, *Tratado*, 965 y ss.

[3] JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, III, 424, nota 42; SOLER, *Tratado*, I, 296, nota 12.

sión propia. Lo mismo valdría para quien encuentra a su enemigo herido y no le presta asistencia. *b*) Suele sostenerse que el deber legal se erige también en deber de garante, cuando el sujeto es legalmente responsable de un determinado ámbito o sector de la realidad. Tal sería el caso del comerciante declarado en quiebra, como directamente responsable de los bienes que se hallan en la masa, pero pese a ello no está obligado a evitar cualquier daño con relevancia penal. En igual situación se hallaría el médico de guardia respecto de la asistencia de un paciente, porque tiene a su cargo un ámbito concreto, no basta la obligación general que emerge de la ley de ejercicio de las profesiones del arte de curar (inc. 2° del art. 19 de la ley *de facto* 17.132). No siendo el médico el encargado de la guardia o de la atención del paciente, la obligación legal no haría más que agravar eventualmente el injusto a los efectos de la individualización de la pena, pero siempre en el marco de la omisión propia, porque la condición de médico no podría poner a su cargo un ámbito que abarque la salud de toda la población. *c*) Un tercer grupo de deberes legales de garante se presentaría cuando el sujeto activo tuviese un especial poder respecto de la protección o vigilancia de bienes jurídicos de terceros, como es el caso de los empleados de fuerzas de seguridad. Algunos incluyen aquí el deber de vigilancia de los padres respecto de los hijos menores[4], el cual si bien existe en cuanto a los daños a terceros, puede enfocarse también desde la fuente de peligro, llamado dominio material de vigilancia sobre personas menores[5]. En el caso de los niños, el particularmente obligado sería el padre, pero no terceros. *d*) Por último, se señala el deber legal que

[4] Así, STRATENWERTH, *Strafrecht, Allg. Teil*, 1971, p. 272.

[5] SHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Uterlanssungsdelikte*, 1971, 44-45.

emerge de la relación del sujeto con una fuente de peligro, como puede ser el que tiene el conductor de un automóvil en cuanto a la seguridad del tránsito, o el tenedor de una fiera respecto de su vigilancia[6].

5. Otra de las fuentes clásicas de la llamada posición de garante para la construcción de los tipos no escritos es el contrato, denominado también aceptación o asunción voluntaria o libremente querida[7], pero, al igual que en la anterior, se procura distinguir cuándo el contrato es generador de una obligación de intensidad tal que coloque al sujeto en el deber de garante. La equiparación civilista de la obligación contractual con la legal no sería útil, dado que, precisamente se busca reafirmar que no toda obligación legal es constitutiva del deber de garantía. De allí que se afirme que el contrato sólo puede ser fuente de la posición de garante cuando, de la confianza depositada, emerja un particular deber de cuidado, vigilancia o protección[8]. Se ejemplifica con el caso de la enfermera, del guía de montaña o del instructor de vuelo o de conducción, de natación y los encargados de establecimientos de educación y casas de salud. En rigor pareciera que la fuente es la confianza, más que el contrato[9]. Sin embargo, no se requiere que la confianza sea mutua, pues para la punición del guardavidas que no salva al bañista, no puede tomarse en cuenta si la víctima conocía la vigilancia y confiaba en ella[10].

6. La conducta precedente o el hacer anterior, esto es, la injerencia, es la tercera de las fuentes clásicas del

[6] Ejemplos de STRATENWERTH, loc. cit., o sea, lo que SCHÜNEMANN llama *dominio material sobre cosas peligrosas*, ob. cit., 359.

[7] WELZEL, *Strafrecht, Allg. Teil*, 1969, 214; SCHÖNKE-SHRÖDER, 1969, 40-41.

[8] STRATENWERTH, op. cit., 274.

[9] MAURACH, *Deutsches Srafrech, Allg. Teil*, 1971, 514; WELZEL, loc. cit.

[10] Cfr. STRATENWERTH, ob. cit., 276.

deber de actuar del siglo pasado [11]. Hoy es generalmente reconocido el principio de que las conductas peligrosas pueden obligar, dentro de determinados límites, a apartar el peligro creado por uno mismo [12]. No obstante, pese a su respetable historia, a la cual se asocian los nombres de STÜBEL, LUDEN, KRUG, GLASER, MERKEL y BINDING [13] (no así el de FEUERBACH [14], para quien las dos únicas fuentes eran la ley y el contrato), hasta hoy el principio de la injerencia no ha logrado una formulación del todo satisfactoria. En las cuestiones particulares nunca hubo acuerdo a su respecto. Por ejemplo, se dice que el deber de evitar se reduce a peligros próximos, a lo que STRATENWERTH observa que en el caso de un fabricante de automóviles con fallas que pongan en peligro la seguridad del tráfico, poco importa que la probabilidad sea del dos por ciento o del cincuenta por ciento. Se coincide en que el deber de actuar en razón de la conducta precedente, no puede ser deber de garantía cuando también la víctima podía y debía haber previsto el resultado. En general, se acepta que el deber de garantía puede fundarse en conducta precedente adecuada a derecho: es el caso del automovilista que, sin culpa, protagoniza un accidente y abandona a la víctima. Particularmente intere-

[11] Sobre su evolución, KRAUSE, *Dietmar, Entwicklung und Wandel des Begriffs der "Rechtspflicht" bei den unechten Unterlassungsdelikten bis zur Rechtsprechung des Reichgerichts,* Berlin, 1965, Diss.; PFLEIDERER, Klaus, *Die garantenstellung aus vorangegangenen Tun,* Berlin, 1968, 48 y ss.

[12] STRATENWERTH, ob. cit., 276.

[13] LUDEN, Heinrich, *Abhadlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrecht,* Göttingen, 1840, II, 219-220; STÜBEL, Christoph, *Uber die Teilnahmemehrerer personen an einem Verbrechen,* Dresden, 1828, 60-61; KRUG, August Otto, *Abhandlungen aus dem Strafrecht,* Leipzig, 1961, 34-40; GLASER, Julius, *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht,* Wien, 1958, 301 y ss.; MERKEL, Adolf, *Derecho penal,* trad. de Pedro Dorado, s.f., Madrid, 111-112; BINDIG, *Normen,* II, 552.

[14] Así, expresamente en *Lehrbuch,* Giessen, 1805, 25.

sante resulta la delimitación de la posición de garante respecto de la evitación de conductas de terceros, ya sea en contra de ellos mismos o de otros. La jurisprudencia alemana ha llegado a límites inaceptables, afirmándola en el caso de un individuo que había omitido impedir que su amante adúltera cometiese un falso testimonio. La conducta precedente sería la relación adulterina. Con razón comenta irónicamente STRANTENWERTH que el deber de impedir el falso testimonio no depende de que la relación amorosa sea contraria al deber [15].

7. El último de los cuatro grupos fundamentales de fuentes del deber de actuar tradicionales es el que más problemas ha acarreado a los expositores de la doctrina: el de las relaciones en la sociedad o en la vida (*Lebensbezihung*). Así, tratándose de relaciones de familia relevantes para el decreto civil, no bastaría con lo formal si no fuesen reales: una prolongada separación de hecho, excluiría la posición de garante. También se afirma que, si bien abstenerse de impedir un suicidio configura una omisión de auxilio (art. 108, CP), la no evitación del suicidio de un incapaz, constituiría un homicidio cuando exista un especial deber de cuidado por parte del autor, como consecuencia de su posición de garante [16]. Las dudas se acrecientan cuando se trata de otro tipo de relación, aunque esté basada en el principio de confianza. Por ello, se duda de la relevancia del parentesco extramatrimonial; se la acepta de abuelos a nietos, pero se duda en cuanto al parentesco por afinidad; se la niega en las relaciones de amantes o de concubinato [17].

[15] Sobre ello, STRATENWERTH, pp. 267-268; en cuanto a la limitación del principio, WELZEL, 215, *Bockelmann, Strafrechliche Untersuchungem,* 216 y ss.

[16] OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht, Allg. Teil,* Berlin, 1976, 170.

[17] Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1969, 38-39; MAURACH, 516; STRATENWERTH, 279; BLEI, Hermann, *Garanten plichtbegründung bei unechten Unterlassen,* en "Fest. für H. Mayer", 1966, 119 y ss.

8. Incuestionablemente, la posición de garante presenta notorias ventajas frente a las tradicionales fuentes del deber de actuar, aunque nunca pudo ofrecer la certeza que prometía. La inseguridad se pone de manifiesto en la diversa metodología empleada en los últimos años para la determinación de la equivalencia de la omisión impropia con la acción. Esta equivalencia (*Gleichstellung*, igual lugar) es buscada de muchas maneras. Si bien tiene la ventaja de restringir la inadmisible amplitud del mero deber de actuar, que hacía abarcar a la tipicidad cualquier límite de antijuridicidad, no resuelve mucho, por efecto de sus propios límites inciertos.

9. Para establecer la equivalencia, PFLEIDERER partió de los supuestos en que estaba fuera de duda la punibilidad de la omisión y de allí desarrolló toda su construcción por analogía [18] en cuanto a la conducta precedente, y SCHMIDHÄUSER lo extendió a todo el problema de la equivalencia [19]. WELP ensayó la comparación de la omisión con la acción, partiendo del análisis de la relación entre el autor y la víctima en la acción y en la omisión, en tanto que WOLFF ya había usado la comparación, pero en base a la estructura causal [20]. BÄRWINKEL encontró la similitud en base a un criterio al par normativo y sociológico, considerando como esencia del injusto la lesión de un bien común, necesario desde un punto de vista ético social [21]. Por vía fenomenológica, ANDROULAKIS sostiene que una omisión equivaldría a una acción, cuando sea comparable a una acción plena de

[18] PFLEIDERER, Klaus, ob. cit, especialmente, pp. 109 y ss.

[19] SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allg. Teil.* 534 y ss.

[20] WOLFF, Ernst Amadeus, *Kausalität von Tun und Unterlassen*, Heildelberg, 1965, 11 y ss; WELP, *Voragegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsaquivalenz der Unterlassung*, 1968, 111 y 150.

[21] BÄRWINKEL, Richard, *Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unsterlassungsdelikten*, Berlin, 1968, 95.

sentido, elegible y posible [22]. VOGT acudió a una formulación sociológica, encontrando que en el marco del limitado orden social, tan importante puede ser, para su funcionamiento comunitario, una omisión como una acción [23]. RUDOLPHI emplea un criterio combinado, haciendo depender la posición de garante en los casos de injerencia, de una doble característica: por una parte, exige que la conducta anterior del omitente haya provocado un peligro concreto a un bien jurídico, o un estado de desprotección para determinados bienes jurídicos más valorados por el legislador; por otra, aclara que la desprotección que perturba el orden social puede ser la consecuencia de una acción como de una omisión anterior [24]. HENKEL analiza la división del estudio del problema de la equivalencia de la acción con la omisión, a través de las características del autor y del hecho, y coincide con la división que siguen KAUFMANN, WELP, etc. [25]. GELDER y BÖHM ensayan, a su vez, criterios de corte jurídico [26]. STRATENWERTH plantea el problema tratando de individualizar en primer término al autor, para lo que le

[22] ANDROULAKIS, Nicolas, *Studien zur problematic der unechten Unterlassungsdelikte*, Berlin, 1963, p. 47.

[23] VOGT, *Das Pflichtproblem bei der kommisiven Unterlassung*, en ZStW, 63 (1951), 381.

[24] RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, 1966, 93-94.

[25] KAUFMANN, Armin, *Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung*, en "JuS", 1961, 177; HENKEL, *Das Methodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikte*, en "Monatschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtreform", 1961, 178 y ss.

[26] Van GELDER, *Die Entwicklung der lhere von der sog. Erfolgasabwendungspflicht aus vorangegangenen Tun im Schfriftum des 19.* Jahrhunderts, Marburg, 1967; BÖHM, Alexander, *Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Frankfurt, 1957.

es menester establecer su posición, de la que se derivan sus deberes de garantía [27]. Esta síntesis permite comprender el precario grado de certeza que ofrece la teoría.

10. Sintetizando la evolución del pensamiento penal en materia de omisión, puede observarse, ante todo, que la tradición del viejo canonismo fue seguida por el derecho anterior al Iluminismo, afirmándose que *qui peut et n'empêche pèche* [28]. Así, la glosa sostenía que quien no evita el crimen, estando obligado a ello por su estado y teniendo el poder de hacerlo, como los padres, maestros, magistrados y maridos, eran responsables, y ya incorporaban la regla de la correspondencia, considerando que siempre la pena debía ser menor, conforme a la máxima *gravior semper reputatur culpa in committendo quam in omittendo* [29]. Este principio fue adoptado en toda su extensión por el Código fascista de 1930 (art. 40), en el que consagró que no impedir un resultado que se tenía el deber de evitar, equivale a causarlo, para lo que se apeló a la causalidad jurídica [30] y se eliminó la atenuante de los posglosadores. Posteriormente, se apeló a la posición de garante para limitar la extensión del deber jurídico a toda la antijuridicidad. Finalmente, algunos Códigos introdujeron la posibilidad de atenuar las penas, en función de un menor contenido injusto, pese a la posición de garante, es decir, volvieron a la norma de los posglosadores. Esta dinámica muestra que los tipos de los impropios delitos de omisión no escritos se originaron en una teoría preiluminista, a la que se pro-

[27] Cfr. STRATENWERTH, ob. cit., 272; WELZEL, ob. cit., 206-211.

[28] LOYSEL, *Institutes*, cit. por Jean PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, 1996, p. 426.

[29] P. F. MUYARD DE VOUGLANS, *Institutes au Droit Criminel, ou Principes Géneraux sur ces matieres, suivant le droit civil, canonique et la Jurisprudence du Royaume*, Paris, 1757, t. I, p. 18.

[30] Así Carlo SALTELLI-Enrico ROMANO DI FALCO, *Commenti teorico-prattico del nuovo Codice Penale*, Torino, 1931, vol. I, p. 242.

cura poner límites, porque a nadie le pasa por alto la lesión a la legalidad que importa y que no se salva con cláusulas generales: cabe recordar a este respecto que la legislación penal autoritaria nunca consagró la analogía libremente, sino conforme a pautas que señalaba el propio legislador.

11. Pese a todos los esfuerzos de la doctrina contemporánea por justificarlos, es innegable que estos Códigos, por lo menos, están violando la exigencia de *estricta legalidad*. No en vano y desde antiguo se ha criticado la pretensión de que existen tipos omisivos no escritos, con el escaso argumento de que agotan el contenido prohibitivo de los tipos activos, expresión que encierra una pretensión completiva incompatible con el carácter fragmentario de la ilicitud penalmente relevada. No hay una diferencia sustancial ente el casi desaparecido *crimen culpae*, que procuraba construir un tipo culposo junto a cada tipo doloso, con los pretendidos tipos omisivos no escritos, que operarían como falsete de los tipos escritos. Ambos dispositivos aspiran también a una legislación penal sin lagunas, en la que nada pueda escapar al poder punitivo.

12. Habiendo tipos omisivos impropios escritos, no se explica la razón por la cual deba existir una fórmula general para elaborar analógicamente los que no han sido escritos. Los argumentos que se basan en supuestas dificultades de técnica legislativa, no tienen más sentido que los que se oponían al *numerus clausus* en los países que consagraban el *crimen culpae*. La objeción fundada en que llevaría a una extensión desmesurada al Código, es insostenible en medio de un proceso de banalización irresponsable de la ley penal. En síntesis, la vía franca a la construcción analógica de tipos penales en esta materia, no tiene otra explicación que una pretendida *etización* que retrocede en varios siglos, a la confusión entre moral y derecho: *qui peut et n'empêche*

pèche, pero no delinque, salvo que un tipo penal debidamente escrito lo establezca. Es inadmisible que se pretenda salvar la legalidad penal con el deber que emerge de otras leyes, como puede ser la civil: el incumplimiento de un contrato no es materia del Código Penal, sino que constituye un injusto civil y nada autoriza a convertirlo en penal en ausencia de un tipo escrito; igualmente, la violación a un deber impuesto por el derecho de familia, tiene sus sanciones reguladas en ese mismo derecho y, en ausencia de tipo legal, no es admisible la construcción judicial de un tipo para imponer una pena, cuando lo único legal sea un divorcio por injuria con su consecuente efecto patrimonial.

13. No en vano la existencia de estos tipos no escritos ha sido rechazada por toda la tradición francesa [31], e incluso en Alemania se discutió seriamente su inconstitucionalidad [32] y, en la tradición anglosajona, ha sido harto discutida y se la acepta con mucha dificultad [33], habiéndose objetado con razón que, ante la inexistencia de tipos escritos, no puede resolverse la culpabilidad en función de la necesaria ignorancia *iuris* [34].

14. En la legislación argentina no existe ni siquiera la fórmula general de equivalencia que habilita la construcción analógica de los tipos no escritos y, de existir, ella misma sería inconstitucional frente a la general prohibición de la analogía *in malam partem*. Por ende, conforme a toda la tradición legislativa local, no hay referencia alguna a la omisión que permita inferir la posibi-

[31] PRADEL, 426; Jacques-Henri ROBERT, *Droit pénal général*, Paris, 1992, p. 231; Desportes-Le GUNEHEC, *Le nouveau Droit Pénal*, Paris, p. 334.

[32] SCHÖNE, Wolfgang, *Unterlassene Erfolgsanwendungen im Strafrecht*, Köln, 1974, p. 355.

[33] SMITH & HOGAN, *Criminal law*, London, 1992, p. 47.

[34] Así, Jerome HALL, *The general principles of criminal law*, Indiannapoli-New York, 1960 p. 199.

lidad de construir analógicamente estos tipos judiciales. En la parte especial existen numerosos tipos de impropios delitos de omisión, paralelos a los tipos activos correspondientes y con su círculo de autores delimitado (en posición de garante). Los ejemplos que usualmente se esgrimen para argumentar la necesidad de construir analógicamente los tipos, apelan a una supuesta injusticia notoria, a que llevaría la posición correcta desde la perspectiva constitucional. El más clásico ejemplo, siempre recurrido, es el de la madre que deja de alimentar al niño para que muera. Esta afirmación es dudosa incluso en los textos que contienen la cláusula de equivalencia, cuando en función de la cláusula de correspondencia, se reconoce que dejar morir tiene un contenido injusto menor que matar, lo que, por otra parte, no sólo responde a un valor social innegable, sino que desde el punto de vista jurídico, no puede asignarse igual desvalor al que pone en funcionamiento una causalidad dirigida a producir el resultado, que a quien sólo se limita a no interrumpirla. En consecuencia, tanto desde la intuición del profano como desde la valoración jurídica, no puede afirmarse que sea exactamente lo mismo dejar morir que ahogar a la criatura. En la ley argentina vigente, el caso encuadra en el tipo del art. 106, calificado por el parentesco conforme al art. 107. Esto significa que el delito está conminado con pena máxima de veinte años, según la reforma de la ley 24.410 del 1° de febrero de 1995. Dada la escala penal prevista, la solución sería idéntica en los Códigos que establecen la cláusula de equivalencia con el correctivo de correspondencia, con la ventaja de que en el texto argentino no se viola la legalidad.

15. En cuanto a los delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional, también en el Código existen disposiciones expresas en forma de tipos de impropios delitos de omisión escritos: se sanciona a los que

continuaran en funciones en caso de usurpación del poder (art. 227) y a los que no hubieran resistido una rebelión o sedición por todos los medios a su alcance (art. 235, 2° párr.). En los delitos contra la Administración, igualmente se prevé la omisión de un acto propio del oficio (art. 249), la de las acciones debidamente ordenadas por una autoridad (art. 239), y la de prestación de un auxilio debido a la autoridad civil competente (art. 250). En cuanto a la tortura, se pena al funcionario que omitiese evitarla (art. 144, 4°).

16. Esto prueba que, al menos en los delitos que afectan a alguno de los dos bienes jurídicos de cuya existencia depende la de los restantes bienes jurídicos, esto es, de la vida de las personas y del *Estado*, no se presentan lagunas pretendidamente escandalosas, pues éstas se evitan con la mera aplicación de los tipos escritos. Respecto de esta aplicación, cabe preguntarse si la difícil construcción teórica acerca de la posición de garante resulta irrelevante cuando ésta está legislada y sólo se relevan los tipos omisivos escritos. Es claro que la teoría pierde gran parte de su significado, dado que ya no incumbe a la inadmisible tarea de poner coto a la analogía constructiva de tipos. No obstante, ese esfuerzo doctrinario conserva valor para el análisis de los límites de las posiciones de garante legisladas, como materia propia de la parte especial, función que en ningún momento debe subestimarse.

17. Finalmente, en cuanto a las pretendidas situaciones escandalosas de impunidad, además de que no existen, es necesario subrayar que incluso si se presentasen, se trataría de omisiones del legislador que los jueces no están autorizados a colmar por vía de la analogía, y que no sería difícil resolver por legisladores responsables. La irresponsabilidad legislativa no autoriza la violación de la Constitución por parte de los jueces y, menos aún, la instigación a ella por parte de la doctrina.

CULPABILIDAD Y VULNERABILIDAD SOCIAL*

1. Las reglas tradicionales indican que debo comenzar por el agradecimiento a este extraordinario honor que se me dispensa, pero prefiero alterar el orden usual en estos casos. No quisiera que la emoción interfiriese en el discurso y, por ende, con las debidas excusas y con vuestra licencia, prefiero reservar las palabras de agradecimiento para el final y comenzar directamente con el tema de esta intervención.

2. Podría haber escogido un tema menos ambicioso, pero he preferido referirme a la culpabilidad porque considero que es el capítulo más delicado y significativo del derecho penal, el más específicamente penal de toda la teoría del delito y el que, en razón de eso, nos proporciona la clave de la crisis por la que atraviesa nuestro saber desde hace algunos lustros y que parece acentuarse.

3. Conforme a una exposición convencional de las cuestiones vinculadas con la culpabilidad en la doctrina penal, ésta se desarrolló en el curso del siglo XX partiendo de la noción psicológica del positivismo normativizado para pasar sucesivamente a la normativa del neokantismo, a la normativa con contenido depurado del finalismo welzeliano y, finalmente, a la normativa absoluta del funcionalismo alemán. En alguna me-

* *Lectio Doctoralis* en ocasión del Doctorado Honoris Causa, Universidad de Macerata, 2003.

dida pueden señalarse criterios en gran parte semejantes en el pensamiento penal italiano y en otras doctrinas europeas[1].

4. No obstante, este recorrido en términos convencionales creo que oculta el verdadero problema que se plantea con la culpabilidad y que, para su adecuada comprensión, requiere ampliar el marco referencial hasta abarcar la vieja peligrosidad positivista. Por desgracia, creemos que en la exposición tradicional se oculta una enorme disparidad de conceptos bajo una denominación común y, para ello, es necesario bautizar un hueco a llenar o una pregunta a responder por cualquier teoría del derecho penal, que el lenguaje nos ha ocultado, homogeneizando lo heterogéneo e incompatible.

5. Toda teoría del derecho penal y, por supuesto, como parte de ella, toda teoría del delito, es tributaria de una teoría de la pena[2], sea que ésta conserve su nombre o lo cambie por otro que matice su penosidad (sanción, medida de internación, etc.)[3]. Justamente, la referencia a una teoría de la pena es lo que dota de unidad conceptual y sistemática a una teoría del derecho penal.

6. Cualquier teoría del derecho penal, por su parte, debe establecer, de alguna manera, la vinculación del

[1] Por ejemplo, el naturalismo positivista normativizado puede verse en GRISPIGNI, Filippo, *Derecho penal italiano*, trad. castellana de Isidoro De Benedetti, Buenos Aires, 1949; FLORIAN, Eugenio, *Parte generale del diritto penale*, Milano, 1934; en el derecho holandes, G. A. van HAMEL, *Inleiding tot de studie van het Nederlansche Strafrecht*, Harlem, 1927; el normativismo en BETTIOL, Giuseppe, *Diritto penale*, Padova, 1982; el finalismo en autores como LATAGLIATA, SANTAMARÍA, etc.

[2] Podrían clasificarse todas las teorías remitiéndose a la clasificación que parece originaria de Antón BAUER, *Die Wahrnungstheorie nebst einer Darstellung und Beurtheilung aller Strafrechtstheorien*, Göttingen, 1830.

[3] Sobre el ocultamiento de la pena en el positivismo, advertia Karl BINDING, *Normen*, II, p. 464.

delito con su consecuencia (la pena). Con este puente *delito-pena* la teoría indica la cuantía de la consecuencia (pena) y es la base de lo que se llama *sentencing*, *strafzumessung* y, más latinamente, individualización judicial de la pena. Este elemento vinculante que, como dije, es una necesidad para proveer, un hueco a llenar o un interrogante a responder, que unos colmaron con la peligrosidad y otros con heterogéneos e incompatibles conceptos de culpabilidad, permítaseme bautizarlo como *conexión punitiva*.

7. Ninguna teoría del derecho penal puede prescindir de una conexión punitiva, o sea, ninguna puede pretender que el contenido antijurídico de un ilícito indique la cantidad de la pena. Semejante pretensión importaría un talión que presupondría la inhumanidad, o sea, la igualdad e inmutabilidad de todos los seres humanos. Por ello, todas se valen de una conexión punitiva en alguna de las versiones que señalamos.

8. Al construir la teoría del ilícito penal, se emplean conceptos que el derecho penal recompone, pero que en buena parte provienen de otros campos jurídicos, en especial del derecho privado, al punto que la primaria distinción entre antijuridicidad y culpabilidad fue tomada de la dogmática *iusprivatista* de JHERING[4]. La antijuridicidad como concepto general provee ciertas coordenadas comunes que no se alteran, pese a las enconadas discusiones en el campo de la teoría del ilícito.

9. Pero cuando el derecho penal debe construir la conexión punitiva, está más íntimamente vinculado al concepto de pena del que parte. La conexión punitiva es una construcción exclusivamente penal, donde carece

[4] Cfr. JHERING, Rudolf von, *L'esprit du droit romain dans les diverses fases de son devéloppement*, París, 1877; Pasini, Dino, *Ensayo sobre Jhering*, Buenos Aires, 1962 ; WOLF, Erik, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgechichte*, Tübingen, 1951, p. 616.

del auxilio de cualquier otra rama jurídica. En la teoría del ilícito lo acompaña Virgilio, pero cuando éste desaparece, queda huérfano para construir la conexión punitiva, Beatrice no llega, y a veces parece que invierte el camino de la *Commedia* y entra en el infierno.

10. La conexión punitiva puede construirse en la propia teoría del delito o bien puede reducirse la teoría del delito al puro ilícito y construirla en la teoría de la pena[5]. A comienzos del siglo pasado se optaba por esta segunda variante: la peligrosidad positivista era la conexión punitiva construida en la teoría de la pena. Von LISZT redujo el delito a mero ilícito y su conexión punitiva era la peligrosidad en la teoría de la pena[6]. Al llamar *culpabilidad* al aspecto subjetivo del ilícito, produjo una confusión semántica.

11. La llamada *teoría psicológica de la culpabilidad* no era en realidad ningún concepto de culpabilidad. Ésta, tanto en italiano como en alemán, evoca una *deuda*, algo que debe pagarse[7], o sea, algo valorativo, y LISZT pretendía manejarse con un concepto descriptivo (hay o no hay causación psíquica). Una cuña de extraña madera (señalada por su discípulo LILIENTHAL[8], cuya posición fue seguida en Italia por ANTOLISEI[9]) era su concep-

[5] FERRI, Enrico, *Principii di diritto criminale*, Torino, 1928.

[6] Como es sabido, sintetizó su ideología en 1882 en el célebre Programa de Marburgo, publicado originariamente en ZStW, 1883, pp. 1 y ss., *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, reproducido luego en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlin, 1905, p. 126; trad. italiana de Alessandro Calvi, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962.

[7] Cfr. Giuseppe BETTIOL, *El problema penal*, trad. cast. Buenos Aires, 1996; del mismo, *Sobre las ideas de culpabilidad en un derecho penal moderno*, en "Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del Derecho", Buenos Aires, 1970, p. 639.

[8] LILIENTHAL, Karl, *Zurechnungsfähigkeit*, en "Vergleichende Darstellung des Deutschen uns Ausländisches Strafrechts", Berlin, 1908, p. 1.

[9] ANTOLISEI, Franceso, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, (actualizada por Luigi Conti), Milano, 1969, p. 481, al igual que LILIENTHAL, llevaba el problema de la imputabilidad a la punibilidad.

to de imputabilidad, basado en la *normal* motivación[10], lo que le fue tempranamente criticado[11].

12. La verdadera culpabilidad se reintroduce en el derecho penal con FRANK[12] y las teorías normativas[13], que implican un cambio radical en la construcción de la conexión punitiva, que comienza a construirse desde la teoría del delito. Se sale del positivismo y se retoma la vía clásica, construyendo la culpabilidad sobre el modelo formal de la ética tradicional (ARISTÓTELES, TOMÁS, KANT, HEGEL).

13. Pero la conexión punitiva sobre la base del *poder hacer otra cosa*, del *Können*, entendida como el reproche fundado en la exigibilidad de otra conducta (FREUDENTHAL)[14] y limitado estrictamente a la conducta típica y antijurídica (culpabilidad de acto pura), lleva a soluciones opuestas a las de la vieja peligrosidad positivista. Entre otras cosas, los reincidentes y los habituales son menos culpables (reprochables) que los primarios.

[10] Franz von LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin, 1891, p. 165.

[11] CATHREIN, Viktor, *Principios fundamentales del derecho penal. Estudio filosófico-jurídico*, trad. de José M. S. de Tejada, Barcelona, 1911, p. 102.

[12] FRANK, Reinhart von, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Giessen, 1907. *Sonderabdruck aus der Festschrift der Juristischen Fakultät der Universität zur Dritten Jahrhundertfeier der Alma Mater Ludoviciana*, trad. cast. de Sebastián Soler, *Estructura del concepto de culpabilidad*, Santiago de Chile, 1966.

[13] No puede negarse que la llamada teoría normativa fue una reinstalación, porque claros acentos valorativos había en los hegelianos (p. Ej. KÖSTLIN, Christian Reinhold, *Neue Revisión der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen, 1845, p. 131), en CARMIGNANI (cfr. SCARANO, Luigi, *La non esigibilitá nel diritto penale*, Napoli, 1948, p. 11), en BINDING (sobre ello, OTTO, Harro, *Grundkurz Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlin, 1996, p. 186), en Adolf MERKEL (*Derecho penal*, trad. de P. Dorado Montero, Madrid, s.d.).

[14] FREUDENTHAL, Berthold, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, Tübingen, 1922.

14. Por ello, a poco andar se procuró construir una conexión punitiva desde la teoría del delito, valiéndose de los esquemas formales de la ética tradicional[15], pero que fuese el equivalente funcional de la vieja peligrosidad[16]. Para ello, esta conexión punitiva debía reprochar algo más que el ilícito, pasando a desvalorar normativamente toda la existencia del sujeto, su conducción de vida (*Lebensführungsschuld*) o directamente la personalidad del agente (MEZGER, SAUER)[17], no siendo significativas las variables menores de estas tesis[18].

15. De este modo se instala la *culpabilidad de autor o de carácter*[19], fundada en la autoridad de la ética tradicional, pero traicionándola en su esencia, pues para la ética no rige la prohibición de analogía, la que tampoco regía en el derecho alemán de los años treinta. La culpabilidad de autor viola el principio de legalidad, al reprochar actos atípicos anteriores y extraños al ilícito. Pretende que un funcionario estatal juzgue y reproche la existencia misma de un ciudadano y no sólo su ilícito. Con ello logra construir una conexión punitiva des-

[15] Fundamentalmente se apoya en ARISTÓTELES, apoyándose en: LOENIG, Richard, *Die Zurechnungslehre des Aristoteles*, Berlin, 1903.

[16] Desde el final de la Segunda Guerra no parece haber otro camino para fundar la responsabilidad que concebir a la sociedad como conjunto de personas responsables (cfr. GRIFFEL, Antón, *Prävention und Schuldstrafe. Zum Probleme der Willensfreiheit*, en ZStW, 1986, p. 31), lo que explica las muy dispares doctrinas enunciadas para matizar su parcial evitación.

[17] MEZGER, Edmund, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 1949. Tuvo gran influencia en toda América Latina a través de las traducciones de J.A. Rodríguez Muñoz, *Tratado de derecho penal*, Madrid, 1946 y de Conrado FINZI, *Derecho penal. Libro de estudio. Parte general*, Buenos Aires, 1958; SAUER, Guillermo, *Derecho penal, Parte general*, trad. de J. Del Rosal y J. Cerezo Mir, Barcelona, 1956.

[18] Asi, BOCKELMANN se refería a la *decisión de la vida* (Paul BOCKELMANN, *Studien zur Täterstrafrecht*, Berlin, 1940).

[19] Sobre ésta también ENGISCH, Karl, *Zur Idee der Täterschuld*, en ZStW, 1942, p. 170.

de el delito en forma de peligrosidad espiritualizada: reemplaza al *estado peligroso* por el *estado de pecado penal*[20].

16. La culpabilidad de autor fue más útil al poder punitivo que incluso la vieja peligrosidad positivista, pues ésta pretendía al menos ser un dato verificable, en tanto que la culpabilidad de autor, por ser eminentemente normativa, se valía de presunciones de mayor culpabilidad, se fundaba sólo en las valoraciones del juzgador o del grupo dominante, sin pretender ninguna verificación. El estado peligroso pretendía ser un dato verificable; el estado de pecado penal era mero producto de valoración subjetiva.

17. No faltó la tentativa de edificar una conexión punitiva doble, o sea, de ubicar una culpabilidad de acto en el delito y una culpabilidad de autor en la pena, como culpabilidad de cuantificación penal (*Strafzumessungsschuld*) (BOCKELMANN)[21]. En rigor, la verdadera conexión punitiva se ubicaba en la pena, pues la culpabilidad de acto no pasaba de ser un presupuesto.

18. Con la *etización* del derecho penal (WELZEL)[22] se hace fincar el reproche en la omisión de interferir la pulsión primaria, pero esto hubiese conducido a una solución parecida a la de la culpabilidad de acto pura: menos reprochable volvía a ser quien mayor esfuerzo requería para controlar la pulsión (nuevamente reincidentes y habituales serían menos culpables, aunque el planteo no se llevó a ese extremo).

19. Con la versión moderada del funcionalismo, la culpabilidad de acto cobra el carácter de límite máximo

[20] Así, expresamente, ALLEGRA, Giuliano, *Dell'abitualitá criminale*, Milano, 1928.

[21] BOCKELMANN, Paul, ob. cit.

[22] WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969; también, *Das neue Bild des Strafrechtssystem*, Berlin, 1957.

como ficción necesaria, dentro de cuyo espacio opera la prevención especial positiva (ROXIN)[23]. La culpabilidad de acto del delito se proyecta hacia la pena como límite, y dentro de la teoría de la pena opera la prevención especial conforme al espacio de juego que la culpabilidad habilita[24].

20. En la versión que combina el funcionalismo con el normativismo de MARBURG y una alta dosis de hegelianismo (JAKOBS)[25], se da el nombre de culpabilidad a un juicio que se establece en el delito, pero que para nada toma en cuenta al agente concreto, salvo que se trate de un enfermo mental, al que se excluye en razón de que no lesiona la confianza en el sistema. La conexión punitiva se establece mediante la necesidad de renormalización (devolución de la confianza pública en el sistema)[26], generada por el ilícito, según los principios de la prevención general positiva[27].

21. La disparidad de criterios sobre la base de los cuales se construyó la conexión punitiva, su diferente ubicación y los incompatibles conceptos ensayados acerca de ella, alertan sobre la disolución del discurso penal. Aunque no todos ellos conserven vigencia en la doctrina contemporánea, el muestrario de ensayos pone de manifiesto la frenética búsqueda de un concepto que no logra configurarse.

[23] ROXIN, Claus, *Strafrecht, Allg. Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, 1997.

[24] Se ha observado a la tesis de Roxin que borraba los límites entre la culpabilidad y la punibilidad (así, STRATENWERTH, Günther, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzip*, 1977; hay trad. castellana, *El futuro del principio de culpabilidad*, Madrid, 1980; también en "MSchr.Krim.", 1972, p. 196).

[25] JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allg. Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch*, Berlin, 1983.

[26] Ídem, p. 631.

[27] Contra esta normativización extrema, entre muchos, KÜPPER, *Grenzen der normativieren Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1990, p. 197.

22. Desde la prevención especial positivista con su pretensión de reducción de todas las penas a medidas, hasta la prevención general positiva funcionalista (que en el fondo se acerca peligrosamente a la razón de Estado), pasando por el neokantismo sudoccidental y el ontologismo etizante, con sus concepciones de prevención general negativa más o menos expresas, así como fueron incompatibles (excluyentes) sus conceptos de pena, también lo fueron los ensayos constructivos de la conexión punitiva.

23. De alguna manera, estas concepciones incompatibles de la pena y de la conexión punitiva ponen de manifiesto el poco éxito de la doctrina jurídico-penal, que entra en crisis cuando debe elaborar un concepto propio, andando sin las muletas de los otros campos jurídicos, siguiendo caminos excluyentes y poco convincentes. A ello se agrega que, desde hace tres décadas, la sociología la jaquea mostrando que en su campo, el *deber ser* se separa del *ser* hasta límites intolerables[28].

24. La más fuerte objeción de la sociología radica en la innegable selectividad con que el *deber ser* penal se realiza en el campo de la realidad del poder punitivo y del sistema penal[29]. Ello obliga a la doctrina penal a asumir un grado de sinceridad jamás admitido antes, que consiste en aceptar el fenómeno y admitir que forma parte de la normalidad del poder punitivo, cuyo único objeto pasaría a ser la renormalización (calmar a la opinión pública y devolverle la confianza en el Estado)[30].

[28] Fue definitorio a este respecto el artículo de Alessandro BARATTA, *Criminología e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica*, en "La Questione Criminale", anno V, n° 2, maggio-agosto 1979.

[29] Entre los primeros trabajos debe destacarse FRITZ Sack, *Selektion und Kriminalität*, en "Kritische Justiz", 1971, p. 384.

[30] Quizá esta afirmación no sea totalmente exacta, pues parece haber sido adelantada por Bodino en el siglo XVI. Estamos investigando su discurso.

25. Esta constatación provoca un vaciamiento ético de la doctrina jurídico-penal. Incluso los planteos tradicionales que elaboraban la conexión punitiva por la vía de la culpabilidad de acto, quedan huérfanos de eticidad material, limitándose a recoger sólo la forma de la ética tradicional: el reproche pierde legitimidad ética cuando se le formula sólo a unos pocos seleccionados entre los más vulnerables.

26. Por esta vía el derecho penal debilita su jerarquía científica, con el riesgo de caer en una tecnología de decisión de casos basada en una teoría del conocimiento que cierra la puerta a cualquier dato de la realidad por terrible que sea, o bien, en una construcción deducida de un funcionalismo aceptado como dogma pero carente de toda ética, basado en algo muy cercano a la razón de Estado. Existe el riesgo de que, a la vuelta de dos siglos, volvamos a la *schifosa scienza* denostada por CARRARA[31].

27. El destino de un saber cuyos datos de realidad son desvirtuados empíricamente por la sociología más tradicional, como lo ponía de manifiesto BARATTA hace un cuarto de siglo[32], no es nada promisorio. La disyuntiva entre negar esos datos o aceptar que sirve a un poder que sólo es útil al prestigio del poder, es inadmisible. El desconcierto que esto provoca en los conceptos penales en cuanto se supera la teoría del ilícito es tal, que no han faltado autores que proponen que la teoría del delito se agota en el ilícito[33].

28. Ésta es la razón por la cual he creído necesario intentar la reconstrucción de la teoría del derecho penal

[31] *Opuscoli di diritto criminale del Prof. Comm. Francesco Carrara*, Prato, 1885.

[32] BARATTA, Alessandro, ob. y loc. cit.; reitera los argumentos en su libro *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, 1982.

[33] Así, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1996.

desde otra perspectiva. Dada la enorme disparidad de criterios, no hemos podido afirmar hasta ahora cuál es el sentido de la pena, pero sabemos que siempre que el derecho penal aportó algo a la humanidad, lo hizo mediante su limitación. Se hace menester partir de esta constatación para replantear el derecho penal sobre esa base cierta. La legitimidad del derecho penal como ciencia o saber se basa en su capacidad limitante del poder punitivo[34].

29. Partiendo de lo que está verificado, o sea, de la necesidad de la función limitante del derecho penal para preservar el Estado constitucional de derecho, creemos que lo más racional es reelaborarlo partiendo de una teoría agnóstica de la pena. El sentido metafórico de la expresión *agnóstica* sirve para poner de manifiesto la idolatría en que han caído las teorías legitimantes del poder punitivo, que sostienen su omnipotencia y lo convierten en un ídolo adorado por muchos fanáticos.

30. El derecho penal basado en un concepto agnóstico de la pena puede construir su teoría del ilícito por carriles parcialmente diferentes a los seguidos por las teorías legitimantes del poder punitivo, pero sustancialmente sin apartarse de los elementos tradicionales. La prueba de fuego de semejante teoría –como de todas– se halla a la hora de construir la conexión punitiva. Para ello creemos que debe sostenerse el concepto de culpabilidad, sin abandonar las formas de la ética tradicional, pues todo abandono de estas formas corre el riesgo de acabar destruyendo el concepto mismo de persona[35].

[34] Esta posición la hemos enunciado en *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, 1990; la desarrollamos en ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 2000; 2ª. ed., 2002.

[35] En este sentido, puede verse la larga prédica de Giuseppe BETTIOL contra el positivismo, especialmente en sus *Scritti giuridici*, Padova, 1966-1987.

31. No cabe rechazar esta forma argumentando que la autodeterminación no es verificable[36]. Además de que el determinismo tampoco lo es, lo cierto es que interactuamos socialmente como autodeterminados y que cada persona en diferentes circunstancias concretas (constelación de situaciones) tiene sólo cierto *catálogo de posibles conductas*[37]. También es verificable que la antropología jurídica, constitucional y *iushumanista* se apoya en la autodeterminación humana (la *persona* y la *soberanía popular* serían inexplicables de otro modo).

32. No cabe duda de que en la culpabilidad por el acto también deberá tomarse en cuenta la personalidad del agente, pero con un sentido totalmente diferente, pues se trata de reprocharle lo que hizo en función de su catálogo de posibles conductas condicionado por su personalidad (en la culpabilidad de autor se le reprocha la personalidad, y lo que hizo es sólo un síntoma). En la culpabilidad de acto *se le reprocha el ilícito* en función de su personalidad y de las circunstancias; en la de autor *se le reprocha lo que es* en función del injusto.

33. Pero una culpabilidad de acto, incluso conduciendo a conclusiones dispares y opuestas a la culpabilidad de autor, no legitima el ejercicio del poder punitivo y tampoco tiene contenido ético, porque a éste lo derrumba la altísima selectividad del poder punitivo. No obstante, se hace necesario apelar a ella como un límite de irracionalidad a acotar: resulta intolerable que se pretenda habilitar el poder punitivo más allá del límite que señala la culpabilidad por el acto.

[36] En este argumento se fundaron autores de todos los tiempos: ENGISCH, Karl, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930; GROPP, Walter, *Strafrecht, Allg. Teil*, Berlin, 1997, p. 231.

[37] Cfr. BLEJER, José, *Psicología de la conducta*, Buenos Aires, 1963.

34. Siendo la culpabilidad de acto sólo un límite, no puede señalar la cuantía del poder punitivo en cada caso sin tomar en cuenta el dato de selectividad. No es ético ni racional, por parte de la doctrina, proponer a las agencias jurídicas que ignoren por completo la falla ética más notoria de la culpabilidad, sobre la cual se llama la atención desde hace más de dos siglos, con los correctivos que convergieron en la llamada *co-culpabilidad*[38] y que proceden de MARAT[39] y del buen juez Magnaud[40], pero que no son suficientes para incorporar el dato.

35. La co-culpabilidad (*Mit-Schuld*) es insuficiente porque: *a*) en principio, evoca el prejuicio de que la pobreza es la causa de todos los delitos[41]; *b*) en segundo lugar, si se corrigiese ese prejuicio, concluiría habilitando más poder punitivo para las clases hegemónicas y

[38] Aunque es un concepto muy anterior, se pretendió que era creado por el derecho penal de los países socialistas, especialmente de la República Democrática Alemana. Sobre ello puede verse BAUMANN, Jürgen, *Strafrecht, Allg. Teil*, Bielefeld, 1975, p. 369; NOLL, Peter, *Schuld und Prevention unter der Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts*, en "Fest. f. Hellmuth Mayer", Berlin, 1966; ORSCHEKOWSKI, Walter, *La culpabilidad en el derecho penal socialista* (trad. de J. Bustos Ramírez y S. Politiff), en "Revista de Ciencias Penales", Sgo. de Chile, 1972, p. 3.

[39] MARAT, J. P., *Plan de législation criminelle*, con notas e introducción de Daniel HAMICHE, París, 1974 ; hay trad. castellana, *Principios de legislación penal*, Madrid, 1891 y una reedición crítica con introducción y notas de Manuel DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Buenos Aires, 2000.

[40] LEYRET, Henry, *Les jugements du Président Magnaud réunis et commentés*, Paris, 1904; hay trad. castellana de D. Díez Enríquez, *Las sentencias del Magistrado Magnaud reunidas y comentadas por Henry Leyret*, Madrid, 1909).

[41] El prejuicio, en alguna forma, fue asumido también por la propia criminología marxista de comienzos del siglo XX; así BONGER, W., *Criminality and Economic Condition*, New York, 1916 (reed. 1967).

menos para las subalternas, lo que puede conducir a un *derecho penal clasista a dos velocidades*; *c*) en tercer término, sea rico o pobre el seleccionado, siempre lo será con bastante arbitrariedad, con lo cual no logra hacerse cargo de la selectividad estructural del poder punitivo.

36. En un derecho penal fundado a partir de un concepto agnóstico de la pena, debe exigirse a las agencias jurídicas que agoten su poder jurídico de contención neutralizando hasta donde les sea posible la selectividad estructural del poder punitivo, lo que no se obtiene con la mera culpabilidad de acto, que no lo toma en cuenta. Ésta no es más que un límite máximo tolerado por un Estado de derecho, que nunca puede cometer la osadía de pretender sancionar a sus habitantes por lo que son, so pena de asumir formas teocráticas.

37. Pero la dialéctica entre Estado de derecho y Estado de policía[42] no se agota con la exclusión de la culpabilidad de autor: las pulsiones del Estado de policía, una vez vedado el camino a una conexión punitiva fundada en la personalidad, se atrincherarán en la culpabilidad de acto. El Estado de policía procede como en una guerra: perdida una posición, retrocede y se atrinchera en la anterior; en tanto que el Estado de derecho exigirá que, de alguna manera, se tome en cuenta la selectividad estructural del poder punitivo.

38. Se abre de esta manera un nuevo momento tensional o dialéctico entre la culpabilidad de acto y la exigencia de tomar en consideración la selectividad criminalizante. *La culpabilidad penal en el Estado de derecho no puede ser la simple culpabilidad por el acto, sino que debe surgir de la síntesis de ésta (como límite máximo del*

[42] Esta idea se expresó hace décadas con suficiente claridad por el administrativista A. MERKL, *Teoría general del derecho administrativo*, México, 1980.

reproche) y otro concepto de culpabilidad que incorpore el dato real de la selectividad. Sólo así resulta ético y racional el reparto del poder jurídico de contención del poder punitivo, teniendo en cuenta que éste es un poder limitado y debe distribuirse con equidad.

39. Desde hace décadas se conoce la marcada tendencia de la selección criminalizante a ejercerse conforme a estereotipos[43] y a recaer sobre criminalidad grosera y burda, practicada por personas de las clases subalternas, sin entrenamiento para hechos más sofisticados o más difícilmente captables por el sistema penal[44]. Esto demuestra que el grueso de los criminalizados no lo son tanto en razón del ilícito cometido, sino por la forma grosera con que lo cometieron, que los coloca al alcance del sistema penal.

40. Queda claro, pues, que los tipos penales describen conductas, pero sabiendo que los tipos de acto abren, en la práctica, un espacio de arbitrariedad para seleccionar personas. El discurso penal es de acto, pero el ejercicio del poder punitivo es de autor[45]. La inflación de leyes penales es, en la realidad operativa del sistema penal, una forma de aumentar la práctica de un poder selectivo de autor.

41. Conforme a lo anterior, el sistema penal presenta diferentes grados de peligrosidad para los habitantes,

[43] Es clásico el aporte interaccionista a este respecto: CHAPMAN, Dennis, *Lo stereotipo del criminale*, Torino, 1971.

[44] La ilusión de que la delincuencia sólo proviene de las clases subalternas había sido desmitificada mucho antes, con el aporte de SUTHERLAND, Edwin H., *White-Collar Crime*, New York, 1949; también SUTHERLAND, Edwin H. – CRESSEY, Donald R., *Criminology*, New York, 1978.

[45] La teorización del tipo de autor del nazismo, llevada a cabo, entre otros, por KLEE (a quien MEZGER cita en *Die Straftat als Ganzes*, en ZStW, 57, 1938, p. 678), no sería más que un recurso para sustraer del poder punitivo a quienes, perteneciendo al grupo dominante, por error policial resultaban criminalizados.

según sean su *status social* y sus características personales. Es claramente verificable la sobrerrepresentación de algunas minorías en la prisionización, la presencia de mayor número de inmigrantes, en ocasiones la persecución a minorías sexuales, en todo caso la mayor incidencia en hombres jóvenes, desempleados, habitantes de barrios marginales, etc. La peligrosidad del sistema penal se reparte según la vulnerabilidad de las personas, como si se tratase de una epidemia.

42. Pero en los países periféricos, como son los latinoamericanos, debido a la creciente polarización de riqueza[46], la mayoría de la población se halla en estado de vulnerabilidad frente al poder punitivo. Sin embargo y pese a todo, la criminalización recae sobre unos pocos, o sea que, si bien el campo a seleccionar se amplia, la selección, aunque aumenta en cantidad, siempre es ínfima en relación a éste.

43. Esto obedece a que no es el mero *status* o *estado de vulnerabilidad* el que determina la criminalización. No se selecciona a una persona por su puro *estado de vulnerabilidad*, sino porque se encuentra en una *situación concreta de vulnerabilidad.* Y, por cierto que, partiendo de cierto estado de vulnerabilidad, debe mediar un esfuerzo personal del candidato a la criminalización para alcanzar la situación concreta en que se materializa la peligrosidad del poder punitivo. Algo debe hacer la persona para alcanzar esa situación concreta, y a eso le llamamos *esfuerzo personal por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad.*

44. A nadie se le puede reprochar su estado de vulnerabilidad, sino sólo el esfuerzo personal que haya realiza-

[46] Sobre ello el conocido libro de STIGLITZ, *El malestar en la globalización*, 2002; aunque resulte un tanto exagerado, la similitud del poder planetarizado con el *apartheid* es sugestiva: asi FALK, *Predatory Globalization. A critique*, Polity Press, 1999.

do para alcanzar la situación de vulnerabilidad en que el poder punitivo se concreta. Y este esfuerzo puede ser de muy diferente magnitud. *a*) Son excepcionales los casos de quienes parten de un estado de vulnerabilidad muy bajo y hacen un esfuerzo extraordinario hasta alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad. No siempre, pero muchas veces, estos esfuerzos extraordinarios obedecen a retiros de cobertura precedidos por luchas de poder.

45. *b*) También son poco comunes los casos de personas que, partiendo de un estado de vulnerabilidad alto, y aunque les hubiese costado muy poco alcanzar la situación concreta, sin embargo realizan un esfuerzo descomunal, que los lleva a ella. Por lo general se trata de supuestos que están cerca de la patología y que llevan a cabo hechos aberrantes.

46. *c*) Pero el grueso de los criminalizados no realiza grandes esfuerzos por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad, pues parten de un estado bastante elevado y les basta muy poco para que se concrete en ellos la peligrosidad del poder punitivo, dado que lo más sencillo es seleccionar a quienes andan por la vía pública ostentando sus caracteres estereotípicos. Es un esfuerzo a veces insignificante el que hacen para que el poder punitivo concrete su peligrosidad en ellos.

47. Es bueno advertir que hay momentos en que la selección criminalizante se altera por otras razones, que pueden determinar una insistencia en la selección política, como sucede en los regímenes autoritarios, o hacerla recaer sobre minorías étnicas, sexuales, etc., como sucede en las incontables emergencias que inventa el poder punitivo para eliminar obstáculos a su ejercicio. No obstante, las reglas no cambian mucho, pues sólo se trata de una modificación del estereotipo criminal o de un complemento de éste.

48. La administración del poder jurídico de contención del poder punitivo, conforme al grado de esfuerzo

personal por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad, siempre dentro del marco máximo de la culpabilidad de acto, resulta *racional* y también *posible*. Como el poder jurídico de contención es limitado, es razonable que se reparta con preferencia para los que menos han hecho para ser alcanzados por el poder punitivo, que son los que partieron de un alto estado de vulnerabilidad que determinó que con un pequeño esfuerzo se concretase el peligro de criminalización.

49. Por el contrario, es también razonable que tampoco agoten un poder limitado en quienes se han empeñado en un esfuerzo considerable por llegar a la situación concreta de vulnerabilidad. Se trata de una lógica de preferencia análoga a la que podría emplearse en la salvación de náufragos: dejando a salvo razones de humanidad, es razonable que se deje para el final a los que hundieron el navío.

50. Teniendo en cuenta que el esfuerzo jurídico colisiona constantemente con las fuerzas del Estado de policía, resulta racional que el derecho penal reproche el esfuerzo personal por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad, porque ésa es la medida del aporte de la persona contra el propio cometido reductor del poder punitivo del derecho penal. El esfuerzo por la vulnerabilidad es la contribución personal del sujeto a las pretensiones legitimantes del poder punitivo y, por ende, contrario al esfuerzo reductor y pacificante del derecho penal.

51. Por otra parte, es verificable que las agencias jurídicas disponen de mayor espacio de contención cuando este esfuerzo ha sido menor y viceversa. Esta relación inversa entre esfuerzo personal por alcanzar la situación de vulnerabilidad y espacio de poder reductor no puede negarse aduciendo ejemplos de presión política o de corrupción, pues éstos sólo demuestran que el sujeto no ha perdido su bajo nivel de vulnerabilidad ori-

ginario. Nos referimos a supuestos donde las agencias jurídicas operan sin esas interferencias.

52. La culpabilidad por la vulnerabilidad no es un correctivo de la culpabilidad por el acto, sino su contracara dialéctica, de la que surgirá la culpabilidad penal como síntesis. Dado que la culpabilidad por la vulnerabilidad opera como antítesis reductora, nunca podrá la culpabilidad penal resultante de la síntesis superar el grado indicado por el reproche de la culpabilidad por el acto.

53. Puede objetarse que la culpabilidad por la vulnerabilidad es culpabilidad de autor, aunque no hay razones para creerlo, pues se trata de componentes del hecho mismo. Pero incluso admitiendo *ad argumentandum* que lo sea, carecería de importancia, dado que en la peor de las hipótesis sólo podría resultar en la síntesis un grado equivalente al de la culpabilidad por el acto. No afectaría ninguna garantía constitucional ni *iushumanista* una culpabilidad de autor que sólo sirviera para reducir o dejar igual la magnitud de poder punitivo habilitada según lo indicado por la culpabilidad por el acto.

54. Cabe preguntarse si hay algún supuesto en que, verificada la culpabilidad por el acto, la culpabilidad por la vulnerabilidad resulte tan ínfima que la cancele y determine que no haya culpabilidad penal. Podemos pensar que eso suceda en casos muy excepcionales, especialmente en los que media provocación oficial (agente provocador)[47] y el ilícito no deja de ser tal, por no tratarse de un delito experimental o de imposible consumación.

55. En síntesis, puede afirmarse que la culpabilidad por la vulnerabilidad no es una alternativa a la culpabi-

[47] Sobre este concepto DE MAGLIE, Cristina, *L'agente provocatore. Un'indagine dommatica e político criminale*, Milano, 1991.

lidad como reproche formal ético, sino un paso superador de ésta que, como todo proceso dialéctico, la presupone y la conserva en su síntesis.

56. Afirmada la culpabilidad formalmente ética como culpabilidad pura por el hecho, conforme al ámbito de autodeterminación con que el sujeto pudo deliberar y señalado conforme a ella un cierto grado de reproche, la culpabilidad por el esfuerzo del sujeto por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad se le opone, para contrarrestar su falta de atención sobre el fenómeno de la selectividad y, en la medida en que corresponda, se sintetiza en una culpabilidad normativa penal que puede reducir el reproche por el acto, pero nunca ampliarlo.

57. La culpabilidad penal resultante de esta síntesis traduciría el esfuerzo (ético y legítimo) del saber jurídico-penal por reducir (hasta donde su poder alcance) el resultado de la culpabilidad formal, pero no materialmente ética. El derecho penal, como programación del poder jurídico reductor del poder punitivo, no legitima a éste, sino que lo contiene y filtra de modo racional. La elaboración de la respuesta a la cuestión de la conexión punitiva por la vía de la culpabilidad penal dialéctica sería una herramienta significativa para el cumplimiento de este cometido.

58. Si la conexión punitiva impone la elaboración de un vínculo personalizado entre el ilícito y su autor que, en su caso, opere como principal indicador del máximo de la magnitud del poder punitivo que puede habilitarse para ser ejercido sobre éste, entiendo que la respuesta más completa la proporciona un concepto que respeta la culpabilidad por el acto y que al mismo tiempo se hace cargo del dato más deslegitimante del ejercicio del poder punitivo, como es la selectividad por vulnerabilidad social y personal.

59. La conexión punitiva, en una perspectiva penal asentada en el concepto agnóstico de pena, resulta de la

síntesis de un juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación de la persona en el momento del hecho (formulado conforme a elementos formales proporcionados por la ética tradicional)[48] con el juicio de reproche por el esfuerzo del agente para alcanzar la situación de vulnerabilidad en que el sistema penal ha concretado su peligrosidad. El vacío de eticidad que la vulnerabilidad provoca en la culpabilidad por el acto se llena en el juego dialéctico con la culpabilidad por la vulnerabilidad, que se sintetizan en la culpabilidad penal, indicadora de la cuantía de poder punitivo susceptible de habilitarse.

60. Creo que un saber difícilmente merece el nombre de *ciencia* si carece de contenido ético, especialmente cuando se trata de un saber estrechísimamente vinculado al poder, como en el caso del jurídico-penal. Las desviaciones del discurso penal separado de la ética llenan de horrores la historia de la humanidad en los últimos ochocientos años. No obstante, cuando evocamos a nuestros próceres, no recordamos a Torquemada sino a BECCARIA o FILANGIERI, a FEUERBACH o a LARDIZÁBAL; nunca a quienes legitimaron con discursos aberrantes el ejercicio genocida del poder punitivo, sino a quienes quisieron limitarlo o reducirlo.

61. La etización del derecho penal, reclamada insistentemente por WELZEL y por BETTIOL[49], era el grito de alerta contra la razón de Estado[50] o contra un pretendi-

[48] Este esfuerzo debe reconocerse contemporáneamente a KÖHLER, Michael, *Strafrecht, Allg. Teil*, Berlin, 1997, p. 348.

[49] Sobre ello, THOREL, Gianpaolo, *Contributo ad una etica della colpevolezza*, en "Studi sulla colpevolezza", a cura di L. Mazza, Torino, 1990, p. 149.

[50] Sobre la razón de estado: SETTALA, Ludovico, *La razón de Estado*, México, 1988; MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna*, Madrid, 1983; FOUCAULT, Michel, *El origen de la tecnología del poder y la razón de Estado*, en "Revista Siempre", México, 1982.

do naturalismo que arrasaba con la persona. Sus caminos de etización no son transitables después de la deslegitimación sociológica del poder punitivo, pero el reclamo ético sigue siendo absolutamente válido. En este sentido, no proponemos un concepto de culpabilidad que constituya una solución de continuidad con esta tradición, sino un replanteo de ella orientada hacia el poder. No sería más que el corolario del reclamo originario, en una hora de fortísimas pulsiones inquisitoriales.

62. De este modo me permito llegar al final de esta intervención. Es el momento de expresar mi más sincero agradecimiento a la Universidad de Macerata por este honor. Comprendo perfectamente la honra y la responsabilidad de recibir un Doctorado *honoris causa* que, conforme a la tradición universitaria, implica un compromiso de incorporación por parte de quien lo recibe. Debo expresar que, en términos personales y sin ninguna falsa modestia, no creo merecerlo. Sin embargo, pienso que en este mundo nada surge de la nada. Somos el resultado de todos los que nos han enseñado y formado. Y en este sentido, la memoria me trae en torbellino figuras lejanas en tiempo y espacio, la mayoría de las cuales ya no están.

63. Como en un filme, desfilan por mi recuerdo desde las lejanas clases de criminología de Alfonso QUIROZ CUARÓN y de derecho penal de Celestino PORTE PETIT, en México, hasta los incontables diálogos con exponentes de la diáspora republicana española, en especial con Manuel DE RIVACOBA Y RIVACOBA y con Francisco BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, las conferencias y conversaciones con el inolvidable Giuseppe BETTIOL, la potente influencia de las obras y el pensamiento de Hans WELZEL, la guía para sumergirme en la bibliografía alemana que me proporcionaran Hans-Heinrich JESCHECK y Heinz MATTES en Freiburg, las largas conversaciones con Louk HULSMAN, las advertencias de Antonio BERISTAIN, la aper-

tura al pensamiento crítico con nuestras criminólogas Rosa DEL OLMO y Lola ANIYAR DE CASTRO, y, sin duda, la formidable erudición, claridad de pensamiento y generosidad de quien no podría omitir sin incurrir en pecado de lesa ingratitud: Alessandro BARATTA.

64. Pero no sólo de ellos he aprendido. Mucho me han enseñado los colegas de la magistratura de tantos años, con sus aciertos, sus errores, su humanidad y, a veces, también algunos con su crueldad, y mucho más las conversaciones con los presos y con sus familiares, con las víctimas y con los policías. Y, por último, séame permitido evocar también en este momento a la Prof. Elba Dora CATTANEO, mi vieja tía que, hija de la emigración de esta tierra, dedicó su vida a enseñar la lengua gentil en mi país y a la que debo mi cariño por la literatura y la cultura italiana. Miles de compatriotas deberán a ella, como a tantos héroes y heroínas anónimas, hablar y leer el italiano en la Argentina. Es por todos ellos y en nombre de ellos que lo acepto y lo agradezco, porque ellos lo merecen. Muchísimas gracias.

NOTAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD*

I. Los problemas

1. La decisión de invalidar judicialmente las leyes que impiden la punición de crímenes de lesa humanidad cometidos en la Argentina presenta múltiples aspectos dignos de ser comentados, al punto de que su agotamiento daría lugar a un verdadero tratado de derecho penal internacional. La necesidad de ceñirnos a un tema en particular –para no caer en semejante tentación enciclopédica– impone, en primer término, eludir tópicos sobre los que hemos escrito en su momento, como la naturaleza de la llamada *Ley de Obediencia Debida,* que da lugar a una verdadera alucinación jurídica y que, en definitiva, no es otra cosa que una ley de amnistía [1]. El problema de la imprescriptibilidad de estos crímenes, si bien lo hemos tratado en obra general, no lo hemos desarrollado con todas las consecuencias que parecerían desprenderse de él y, en particular, de su fundamento.

2. La Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Huma-

* Publicado en "Nueva Doctrina Penal" 2000/B, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.

[1] Así, Zaffaroni, Eugenio R., *La Ley de Obediencia Debida,* en "Lecciones y Ensayos", Buenos Aires, 1988, n° 50, pp. 23 y ss.

nidad de la Organización de las Naciones Unidas (26 de noviembre de 1968), ratificada por la República Argentina mediante la ley 24.584 del 1° de noviembre de 1995, constituye la culminación de un largo proceso que comenzó en los primeros años de la década de 1960, cuando la prescripción amenazaba con convertirse en fuente de impunidad de los crímenes practicados durante la Segunda Guerra Mundial, puesto que se acercaban los veinte años de la comisión de esos crímenes. Para evitar cualquier suspicacia, Alemania se apresuró a prolongar los plazos de prescripción para evitar que ésta operase a favor de los criminales nazis, para lo cual se argumentó que la irretroactividad de la ley penal alcanzaba sólo a la advertencia previa, pero no así a los plazos de prescripción de las acciones, lo que fue sostenido por el Tribunal Constitucional y por un sector de la doctrina[2]. Después de prolongarlos, en 1979, finalmente proclamó la imprescriptibilidad.

3. En nuestro ordenamiento, la disposición del art. 18 de la Constitución nacional no deja lugar a muchas dudas acerca de la irretroactividad de toda ley que modifique *in malam partem* cualquier requisito del que dependa la punibilidad del hecho, incluso los de naturaleza meramente procesal. Alguna vez se ha puesto en duda si ese dispositivo legal establece el principio de legalidad penal, pero creemos que pocas dudas caben acerca de que establece la legalidad procesal, dado que no proviene de la Constitución de los Estados Unidos, sino de la Carta Magna inglesa. Por ello, la solución alemana no sería viable en nuestro derecho. Tampoco sería admisible que se sostuviese la tesis del *doble derecho* pa-

[2] Así, SCHMIDHÄUSER, Eb., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, Tübingen, 1970, p. 75; RUDOLPHI, Hans Joachim, en RUDOLPHI y otros, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Frankfurt, 1975, p. 534.

ra asegurar que la imprescriptibilidad tiene vigencia en el derecho internacional pero no en el derecho interno, porque, al menos desde la reforma constitucional de 1994, el inc. 22 del art. 75 impide sostener esta posición. Veremos más adelante que, pese a lo dicho, incluso la retroactividad debe ser admitida cuando se trata de crímenes más lejanos en el tiempo y anteriores a las normas del derecho internacional.

4. De cualquier manera, la Convención de 1968 resuelve bastante prácticamente la situación, pues sólo *afirma* la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio ya vigente al tiempo de los hechos. Por supuesto, nada dice respecto de hechos cometidos antes de la vigencia de esa costumbre internacional, lo que desde el punto de vista penal no parece importante, pues las acciones están extinguidas por muerte de los agentes de esos crímenes.

5. Con ello parece cerrarse un debate en el seno de otro más amplio, o sea, pareciera que se clausuran definitivamente las discusiones sobre la imprescriptibilidad dentro del marco de otra discusión mayor, como es la legitimidad de los procesos de Nuremberg y de Tokio. Décadas de disputas entre *iusnaturalistas* y positivistas jurídicos llegarían a su fin y, de hecho, la nutrida legislación que es materia del derecho internacional de los derechos humanos ha venido a resolver las principales consecuencias prácticas que el debate ponía de manifiesto. No obstante, debe quedar claro que no ha cerrado el debate ni mucho menos. Las posiciones *iusnaturalistas* y positivistas seguirán planteándose y, en definitiva, aunque sea remota, nada impide la posibilidad de una desgraciada derogación de esa legislación interna-

cional y la consiguiente vuelta de los problemas prácticos que se han resuelto con ella.

6. Por ende, no es en modo alguno satisfactoria la respuesta de que los crímenes de guerra son imprescriptibles porque así lo dispone la costumbre y la respectiva convención internacional. Ésa no es una respuesta científica; no la sostendría un positivismo jurídico razonable, pues se trataría de una proposición puramente formal. Además, si bien es improbable que se derogue la ley internacional, no es imposible y, por ende, en tal caso, automáticamente sería menester reconocer que las acciones por crímenes de guerra y de lesa humanidad serían prescriptibles.

7. Por ello, sigue siendo necesario reflexionar sobre el fundamento mismo de la imprescriptibilidad de estos crímenes, o sea, para determinar si ésta es sostenible incluso ante una eventual desaparición de las normas internacionales que la imponen. En primer lugar, es menester ver si a la luz de los fundamentos dados a la prescripción, se justifica la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad. *Si la prescripción de estos crímenes no presentase características diferenciales de la prescripción de los restantes, la inviabilidad de la prescripción de las acciones que emergen de ellos debería investigarse en otro campo. Adelantamos la tesis de que ello es así, aunque la remisión a otro campo no carece de significación para el propio ámbito de los fundamentos de la prescripción.*

II. LOS FUNDAMENTOS TRADICIONALES DE LA PRESCRIPCIÓN Y LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

1. Las teorías que fundan la prescripción suelen dividirse en dos grandes grupos: las que hallan sus argumentos fuera del derecho penal y las que los extraen del

propio derecho penal. Las primeras abarcan las opiniones de autores antiguos que solían fundar la necesidad de la prescripción en el mero paso del tiempo, lo que sería "el fundamento de los fundamentos" [3]. En rigor, el paso del tiempo no es ningún fundamento de la prescripción sino sólo una constatación. Es obvio que el tiempo corre a partir de la comisión de cualquier delito, sea o no contra la humanidad, de modo que frente a este pretendido fundamento no se halla ninguna diferencia cualitativa respecto de los delitos de lesa humanidad. También fuera del derecho penal se ha argumentado que el tiempo borra las pruebas y hace mucho más difícil acreditar el delito [4]. Esta llamada *teoría de la prueba* suele sostenerse ahora como complementaria de otras teorías, pero no en forma absoluta o autónoma [5]. Cerca de ésta se halla el conjunto de teorías procesales que sostienen que se hace difícil o casi imposible la persecución penal [6] y análogas [7]. Todo este conjunto doctrinario no logra fundamentar la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, pues conforme a sus argumentos éstos debieran ser prescriptibles por las mismas razones que los restantes, dado que también para

[3] Así, BERNER, Albert Friedrich, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1898, p. 310; también MEYER, Hugo, y ALLFELD, Philipp, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig-Erlangen, 1922, p. 321.

[4] Así BINDING, Karl, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885, p. 823.

[5] Cfr. LORENZ, Max, *Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung. Eione Untersuchung de lege lata und de lege ferenda*, München, 1955, pp. 93-94.

[6] Así, SCHÖNKE, Adolf, *StGB Kommentar*, 1942, p. 257.

[7] WEBER, Hellmuth von, *Grundiss des deutschen Strafrechts*, 1946, p. 130; HENKEL, Heinrich, *Strafverfahrensrecht. Ein Lehrbuch*, Stuttgart u. Köln, 1953, p. 281, nota 8; SCHMIDT, Eberhard, *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung u. zum Gerichsverfassungsgesetz*, Göttingen, 1952, I, pp. 71 y ss.

ellos se pierden pruebas con el tiempo y se dificulta la persecución e incluso la defensa.

2. Para quienes procuran su fundamento dentro del derecho penal, éste siempre habrá de depender de la legitimación que los autores hagan de la pena, o sea, del poder punitivo. Siempre dentro de este grupo de teorías, la cuestión pasa por saber si la pena será o no será útil, salvo para los retribucionistas puros, fundamentalmente para los partidarios de las llamadas teorías *absolutas*, que tienen grandes dificultades de justificación de la prescripción, tanto de la acción como de la pena. Justo es reconocer que los retribucionistas puros tampoco pueden explicar la posibilidad de retribuir el mal causado por un crimen con semejante contenido injusto. Para los partidarios de la vieja coacción psicológica, el tiempo borra el recuerdo del delito de la conciencia del pueblo y cambia la misma personalidad del autor, de modo que la pena no habría de ejercer ninguna coacción psicológica; es la llamada teoría del recuerdo *borrado del hecho*[8]. Es verdad que los crímenes contra la humanidad no se borran tan rápido de la memoria, pero también es cierto que muchos delitos ajenos a esa categoría tampoco lo hacen, de modo que la circunstancia de que no puedan eliminarse de la memoria colectiva no es exclusiva o diferencial de esta clase de delitos.

3. Para los partidarios de la prevención especial, particularmente para los correccionalistas, la pena habría dejado de tener objeto, pues el paso del tiempo demostraría su falta de necesidad (o el delincuente no era tan malo o se corrigió), aunque algunos de sus partidarios exigían que el mejoramiento (la *Besserung*) alcanzado por el sujeto haya sido efectivo. Es obvio que desde el

[8] MITTERMAIER, C. J. A., en p. 125 de FEUERBACH, J. P. Anselm Ritter von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1847.

punto de vista de la prevención especial el largo paso del tiempo sin que el sujeto cometa otro delito e incluso lleve una vida virtuosa, hace completamente innecesaria la pena para mejorarlo o resocializarlo, por lo cual carecería totalmente de fundamento su imposición en cualquier caso, sin que los delitos contra la humanidad puedan plantear una situación diferente.

4. Como todas estas teorías están basadas en las llamadas *teorías de la pena,* o sea, en los discursos legitimantes del poder punitivo, a su respecto sucede lo mismo que en el ámbito de esa legitimación: casi no se sostienen teorías puras, sino que se mezclan más o menos arbitrariamente las teorías ante la insuficiencia de cualquiera de ellas, como si de varios argumentos falsos fuese posible obtener uno verdadero. Se sostienen teorías que combinan la prevención general con la especial y se complementan con argumentos procesales. De cualquier manera, es posible distinguir entre ellas un grupo en que predominan los fundamentos de derecho penal y otro en que el predominio lo tienen los argumentos procesales [9]. Entre los primeros se menciona a von BAR, a von HIPPEL y a STOOSS. Para von BAR desaparece la impresión del hecho, pero también se modifica la personalidad del autor (siendo difícil cuantificar la pena), y también se complica la producción de las pruebas [10]. Para von HIPPEL disminuye lentamente el natural requerimiento de retribución, afirmando que el sentimiento que suele producir la reapertura de estas heridas puede doler más que un respetuoso silencio. Agregaba que la pena puede ser socialmente dañosa, dado que las condiciones del autor han variado por completo y, por último,

[9] Cfr. LORENZ, *Die Verjährung in der deutschen Strafgesetzgebung,* cit., pp. 93-94.

[10] BAR, Ludwig von, *Gesetz und Schuld im Strafrecht,* Berlin, 1909.

también apelaba a la teoría de la prueba [11]. STOOSS se expresaba en análogo sentido, afirmando que con el tiempo disminuye el sentimiento producido por la agresión antijurídica, la que va desapareciendo cada vez más del recuerdo de los vivos, con lo que decrece la demanda de protección penal [12].

5. De los argumentos *combinados* el único que podría esgrimirse es el de la pérdida del recuerdo o la disminución del sentimiento o demanda de sanción penal. Ya nos hemos referido a ello: hay muchos delitos en que esa disminución es lenta y casi no tiene lugar y no son crímenes contra la humanidad (asesinos seriales, violadores seriales, terroristas, etc.). Sería posible afirmar que en los delitos en general este efecto es sólo eventual, en tanto que en los crímenes contra la humanidad es invariable; no obstante, esto no logra explicar por qué, si hay dos delitos, uno contra la humanidad y otro ordinario, y en ninguno de ambos disminuye la memoria ni el reclamo o el sentimiento de indignación pública, el primero no se prescriba y el segundo se prescriba.

6. El problema de todas estas teorías que buscan su fundamento en el mismo derecho penal partiendo de la legitimación de la pena (poder punitivo) es que no pueden establecer diferencias, porque uno de los argumentos más utilizados por estas tesis legitimantes del poder punitivo es la necesidad de sancionar los delitos contra la humanidad. Si apelan a esa necesidad para legitimar el restante poder punitivo, mal pueden hallar diferencias cualitativas respecto del fundamento ligitimante que permitan extraer consecuencias diferentes para este grupo de delitos. En síntesis, todas las teorías que

[11] HIPPEL, Robert von, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, 1932, p. 181.

[12] STOOSS, Karl, *Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts*, Wien u. Leipzig, 1910, p. 225.

fundan la prescripción dentro del derecho penal, basándose en las diferentes legitimaciones del poder punitivo, darían fundamento para sostener que las acciones emergentes de crímenes contra la humanidad son prescriptibles, pues no logran –ni podrían lograr– una distinción cualitativa a este respecto.

III. LA NECESARIA BÚSQUEDA DE OTRO FUNDAMENTO

1. Creemos que en las teorías tradicionales del derecho penal, que tratan de legitimar cierta medida de poder punitivo para, de ese modo, limitarlo en tanto exceda esa medida, el fundamento de la imprescriptibilidad de las acciones emergentes de delitos contra la humanidad se vuelve problemático e incluso existe una clara insuficiencia argumental. Si todas las tesis legitimantes del poder punitivo fracasan, el único argumento que resta es meramente formal (no se prescriben porque la ley no lo permite). Como se ha visto, éste no es científico y, además, no protege suficientemente frente a la eventual derogación de la norma. Como si esto fuese poco, plantearía incluso un serio problema interpretativo en el propio ámbito de las normas internacionales, porque no puede olvidarse que, careciendo de racionalidad (explicación racional), se trataría de una disposición que resultaría contraría a otras del mismo carácter. En definitiva, la tentativa tradicional de legitimar parcialmente el poder punitivo mediante el discurso jurídico penal, no sólo dificulta la búsqueda de fundamento racional para la imprescriptibilidad, sino que tampoco explica satisfactoriamente otras disposiciones internacionales, como la consagración del deber de punir y la consiguiente prohibición de amnistiar estos crímenes.

2. Aunque parezca una paradoja, es el planteamiento que invierte el tradicional y renuncia a toda legitima-

ción del poder punitivo mediante el discurso jurídico penal, el que mejor puede fundar la imprescriptibilidad de las acciones por crímenes contra la humanidad. Si entendemos que es función del derecho penal la contención del poder punitivo y que respecto de éste puede manejarse el discurso penal con una teoría totalmente agnóstica[13], es decir, si percibimos el poder punitivo como un mero hecho político y sólo su contención jurídico-penal como el hecho jurídico, limitándonos a legitimar el derecho penal a través de esta función reductora, indispensable para la supervivencia del Estado de derecho, veremos que el derecho internacional penal y, en especial, la imprescriptibilidad de las acciones por crímenes de guerra, surgen con mayor naturalidad argumentativa y con un fundamento que se separa del meramente formal tanto como del *iusnaturalismo* tradicional.

3. No se trata de hallar fundamento a la imprescriptibilidad solamente, sino también de cubrir la posible vigencia retroactiva de la norma internacional. Aun admitiendo que la norma consuetudinaria de derecho internacional anterior a la Convención de 1968 era *ius cogens,* no podría sostenerse su vigencia más que desde comienzos del siglo XX, por lo menos para algunos de estos crímenes. De este modo, si las acciones por crímenes contra la humanidad anteriores a esa fecha no se hubiesen extinguido por muerte de sus autores, debería considerarse que se hallan prescriptas a su respecto.

4. Es verdad que esta última cuestión parece meramente especulativa e incluso un tanto absurda, porque sería imposible que alguno de los autores de la conquista del continente o algún encomendero o tratante de esclavos del siglo XIX estuviese vivo. Sería incuestionable

[13] Cfr. el desarrollo de ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR, *Derecho penal. Parte general,* Buenos Aires, 2000.

esta consecuencia si se tratase de una cuestión limitada al campo del derecho penal, pero lo cierto es que el problema excede con creces este ámbito y compromete todo el derecho de obligaciones emergentes de hechos ilícitos. En tal sentido, si la acción penal no pudiera ejercerse por prescripción (y no sólo por la muerte del agente), el hecho ilícito como fuente de obligación de reparar quedaría muy debilitado. Las obligaciones de reparar en razón de estos crímenes no tienen la misma naturaleza que las que emergen de cualquier otro ilícito civil, porque, por lo general, la construcción misma de la legalidad emerge de las propias relaciones de poder que son consecuencia de estos crímenes cometidos en siglos anteriores.

5. La prescripción civil se invoca sólo en función de la seguridad de los negocios y de la propiedad, pero lo grave es que muchas veces la propiedad cuya seguridad se invoca es ella misma efecto del crimen cometido siglos antes. Invocar la simple prescripción civil para negar cualquier derecho de reparación o de restitución en caso de crímenes contra la humanidad cometidos en siglos anteriores no es una mera cuestión de neutralización del reclamo, sino un verdadero escándalo jurídico. Si los indios o los descendientes de esclavos sufren hoy las consecuencias de crímenes contra la humanidad practicados siglos atrás y como resultado de los cuales se hallan en posición desventajosa respecto del resto de sus sociedades, negarles el derecho a toda reparación en función de la mera prescripción civil y con el argumento de la seguridad de la propiedad es un claro caso de escándalo jurídico, pues importa afirmar que la única legalidad existente es la que fundaron los que cometieron el crimen contra la humanidad sobre la relación de poder que resultó de él, es decir, que convierte nada menos que un crimen contra la humanidad –por el mero paso del tiempo– en un título legítimo al que no pue-

de oponerse el derecho de sus víctimas [14]. Eso es precisamente lo que se evita mediante la admisión de la retroactividad de la imprescriptibilidad de las acciones emergentes de crímenes contra la humanidad, incluso con anterioridad a la vigencia de la norma consuetudinaria de derecho internacional, pues refuerza el carácter criminal del ilícito, cuyos efectos siguen demandando reparaciones.

IV. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD FUNDADA EN LA IMPOTENCIA LIMITADORA DEL DERECHO PENAL

1. El fundamento de la imprescriptibilidad de las acciones emergentes de estos crímenes no logra argumentarse adecuadamente a partir de una legitimación del poder punitivo, sino que es mucho más diáfano cuando se lo explica justamente a partir de una concepción agnóstica de éste y, por ende, de su deslegitimación. El poder punitivo nunca es del todo racional y tampoco lo es cuando se lo aplica a autores de crímenes contra la humanidad. Su irracionalidad emerge ante todo de que los crímenes contra la humanidad son generalmente practicados por las mismas agencias del poder punitivo, operando fuera del control del derecho penal, es decir, huyendo del control y de la contención jurídica. Las desapariciones forzadas de personas en nuestro país fueron cometidas por fuerzas de seguridad o fuerzas armadas operando en función policial; los peores crímenes nazis los cometió la Gestapo *(Geheimnis Staatspolizei* o policía secreta del Estado); la KGB stalinista era un cuerpo policial. No es muy razonable la pretensión de le-

[14] Cfr. BROOKFIELD, F. M. (Jock), *Waitangi and Indigenous Rights, Revolution, Law and Legitimation*, Auckland, 1999, pp. 63 y ss.

gitimar el poder genocida mediante un ejercicio limitado del mismo poder con supuesto efecto preventivo.

2. A ello se sigue que es un poder punitivo extremadamente selectivo: no alcanza más que a unos pocos criminales y cuando ya han perdido el poder; casi nunca se extiende a sus cómplices y menos aún a sus instigadores (intelectuales, ministros, formadores de opinión, magistrados, etc.); rara vez abre el camino para reparaciones justas (en el caso alemán, las que recibieron las víctimas del Holocausto fueron magrísimas y para evitar las reparaciones por las muertes de homosexuales, mantuvieron tipificada la conducta hasta 1975).

3. Nuestra civilización industrial puede enorgullecerse de varios logros, pero no puede negar que la *pérdida de la paz* o expulsión de la comunidad universal aún existe. El criminal contra la humanidad excede con mucho en su conducta el contenido ilícito de cualquier otro delito. No puede ni siquiera pensarse en una retribución, porque no hay forma humana de retribuir el dolor provocado por una crimen de esta naturaleza, o sea que las propias teorías retributivas deben reconocer su fracaso ante estos hechos. El derecho penal, aun montado sobre una idea retributiva, no lograría contener el poder punitivo lanzado contra el criminal de lesa humanidad, por mucho que éste sea irracional. No se trata de que el poder punitivo ejercido contra los criminales de lesa humanidad se halle legitimado, sino que *no se halla legitimado el derecho penal para contenerlo más allá de ciertos requisitos básicos fundamentales.*

4. No puede sostenerse razonablemente que sea menester garantizar la extinción de la acción penal por el paso del tiempo, en crímenes de esta naturaleza, en razón de una intolerable irracionalidad en caso contrario. No hay una irracionalidad intolerable en el ejercicio de una acción penal contra un criminal de lesa humanidad por mucho que hayan pasado los años; sólo existe la

irracionalidad propia de todo poder punitivo, que es extremadamente selectivo y productor del mismo hecho sobre cuyo autor recae. El derecho penal no está legitimado para exigir la prescripción de las acciones emergentes de estos delitos; por el contrario: si lo hiciese, sufriría un grave desmedro ético.

5. La imprescriptibilidad que hoy consagran las leyes y las costumbres internacionales y que otrora no establecían, pero que también deben considerarse imprescriptibles, es fruto de la carencia de legitimidad del derecho penal para contener el poder punitivo en estos casos. No hay argumento jurídico (ni ético) que le permita invocar la prescripción. En los crímenes recientes, está consagrada en la ley internacional y en los más lejanos, en la costumbre internacional; en los crímenes de lesa humanidad remotos, tampoco puede el derecho penal invocar la prescripción, porque ésta estaría consagrada como una norma fundante de autoimpunidad (legitimarían las consecuencias de un crimen los propios autores, para ellos mismos y para sus descendientes).

6. El derecho penal, privado de su viejo narcisismo omnipotente, es decir, un derecho penal más adulto y maduro, puede plantear mejor este problema, como todos los que considera la decisión judicial federal que invalida los obstáculos a la punición de crímenes contra la humanidad. El propio TPI (Tribunal Penal Internacional) que se promete funcionaría de modo más acorde con la realidad del poder y, por ende, más respetuoso de las estructuras del mundo, requisito indispensable para toda eficacia. El narcisismo legitimante no hace más que generar ilusiones que, en ocasiones devienen alucinaciones, como las contenidas en la llamada *Ley de Obediencia Debida*. En cualquier caso, es menester neutralizar las alteraciones de la sensopercepción jurídica, porque conducen a graves errores de conducta que producen daños sociales graves y desprestigian el saber penal.

GIRARDIN: ABOLICIONISMO ENTRE EL SEGUNDO IMPERIO Y LA TERCERA REPÚBLICA FRANCESA[1]

1. Cuando hoy se habla de *abolicionismo penal* para señalar el conjunto de corrientes que pretenden la abolición del poder punitivo, suelen indicarse como antecedentes a anarquistas y socialistas del siglo XIX e incluso del XVIII, pero no se menciona la contribución de gran valor de un autor que no estuvo afiliado a esas corrientes políticas sino que, por el contrario, estuvo más cerca de posiciones conservadoras, hasta el punto de ser considerado con cierto grado de oportunismo político. Se trata de Émile de GIRARDIN, que escribió un libro abolicionista muy singular en 1868 y lo publicó en 1871[2].

GIRARDIN fue un periodista francés, que nació en París en 1806 y murió en la misma ciudad, en 1881. Escribió varias obras de teatro, incluso una en colaboración con Alejandro Dumas (h). En 1836 fundó "La Presse", que fue el primer diario de gran tirada y bajo precio, que sostuvo a Thiers hasta 1846[3]. Precisamente, la

[1] Córdoba, 2001. Con gusto nos sumamos al justísimo homenaje a Claus ROXIN con un tema que, aunque parezca lejano de sus preocupaciones, no es para nada ajeno a sus amplias inquietudes intelectuales. Para probarlo remitimos a su trabajo *Ha un futuro il diritto penale?*, en "Critica del Diritto", nº 4, 1998, p. 232.

[2] Èmile de GIRARDIN, *Du droit de punir*, París, Henri Plon, 10, rue Garancière, 1871, 440 páginas.

[3] Guy ANTONETTI, *Histoire contemporaine politique et sociale*, París, 1986, p. 239.

prensa moderna de gran tirada se inaugura con el diario fundado por GIRARDIN, que gracias a los pequeños anuncios y a la publicidad, era vendido a mitad del precio de los otros diarios. Fue, por ende, el iniciador de la prensa moderna, lo que suscitó serias polémicas en el mundo periodístico. Armand Carrel, fundador del "National" en 1830 y convertido en militante republicano, se consideró ofendido porque un periodista convertía el periodismo en una cuestión comercial, por lo que retó a duelo a GIRARDIN, y perdió la vida en el encuentro[4].

GIRARDIN fue diputado en 1834 y en 1849 miembro de la Asamblea Legislativa. Fue expulsado después del golpe de Estado del 2 de diciembre de 1851 y a su regreso a Francia retomó la publicación de "La Presse" y fundó el diario "La liberté", donde se erigió en defensor del imperio liberal, para luego sostener el gobierno de Thiers en "Le Moniteur universel" y "Le petit Journal" y atacar seguidamente a Mac-Mahon y De Broglie en "La France". Estaba casado con una célebre escritora: Delphine Gay (1804-1855).

Su libro abolicionista de 1871 es citado muy pocas veces. MATTEOTTI lo recuerda como uno de los pocos que no sólo deslegitimó la agravación por reincidencia, sino que se animó a negar directamente el derecho de punir[5]. Creemos que es conveniente quitarle el polvo a este viejo libro, porque destacando la posición abolicionista de alguien que no tiene vínculos con el pensamiento anarquista y utópico se desarma el mito de que la deslegitimación del poder punitivo es sólo una cuestión de autores de esas tendencias en el siglo XIX, y de nórdicos europeos de la segunda mitad del siglo XX.

[4] Ídem, p. 260; también: Pierre PELLICIER, *Emile de GIRARDIN*, París, 1985.

[5] Giacomo MATTEOTTI, *La recidiva. Saggio di revisione critica con dati statistici*, Milano, 1910, p. 240.

Con GIRARDIN nos hallamos ante un político francés, periodista de singular éxito, que lo sostiene con argumentos que hoy en parte pueden parecer curiosos, pero que en otra parte no son más que los de un liberal asombrado frente al devastador panorama que presentan las características estructurales del ejercicio de la *represión penal*. En la portada del libro, bajo el título, aparece el grabado de un crucifijo, lo que en el texto se explica, al considerar a Jesucristo como la víctima más destacada del poder que deslegitima y menta como inútil en sus páginas.

Desde que el libro fue publicado, hace exactamente ciento treinta años, sólo han cambiado las circunstancias variables del poder punitivo, pero sus trazos estructurales se mantienen inalterados –como no puede ser de otro modo– y a su respecto las observaciones del autor conservan toda vigencia y su texto es, a veces, de notable frescura y actualidad.

2. El planteamiento es bien coherente y se abre con una reflexión sobre la libertad, que ocupa casi todo el prefacio. Recuerda una vieja polémica de 1850, en la cual sostuvo que entre la libertad de *decir de todo* y la de *hacer de todo* existe una enorme diferencia, porque *nada tiene que ver el decir con el hacer*. Expresa que inmediatamente tuvo grandes dudas al respecto y veinte años más tarde –al tiempo de escribir el libro–, está convencido de que la libertad es una e indivisible. *Si la libertad de pensar implica la libertad de decir, la libertad de decir implica la libertad de hacer. ¿Debo admitir entonces la libertad de hacer el mal? ¿Y por qué no la he de admitir, si después de haber admitido la libertad de pensar mal, admito la de mal decir? ¿Pero entonces, en qué deviene la sociedad?*[6] Esta es la cuestión que pensó durante veinte años, para concluir que *la libertad es única*

[6] GIRARDIN, ob. cit., p. 3.

e indivisible y que cuando se la quiere dividir, cesa la libertad y aparece la arbitrariedad[7].

Afirma que llega a esa conclusión como resultado de lo que hoy llamaríamos relativismo cultural y que en sus palabras considera testimonio de la historia: lo que se prohíbe en un país no se prohíbe en otro; lo que una religión santifica otra condena; lo que bajo una denominación es crimen deja de serlo con un cambio de nombre. Y agrega que esto último sucede con los homicidios y los robos colectivos conocidos con el nombre de *guerra. ¿Acaso los homicidios y los robos individuales hacen correr más sangre que los colectivos a los que se les levantan arcos de triunfo?* Sostiene que si la guerra y la conquista no existiesen, seguramente se sostendría que son incompatibles con el estado de sociedad, o sea que, si la sociedad existe con semejante impunidad, también existiría con la del homicidio y del robo individual[8]. La sociedad sin la guerra *no perdería mano de obra en servicio militar, los impuestos bajarían muchísimo, la deuda pública se amortizaría rápidamente y la sociedad sería el reino de la ciencia, de la libertad, de la producción y de la riqueza, en vez de serlo de la violencia, de la opresión, de la destrucción y de la miseria*[9]. Cuando la guerra y la conquista cierren sus escuelas de muerte y robo, el bienestar general haría que los delitos de homicidio y robo en el plano individual resultaran completamente raros.

Es notoriamente actual la observación de que *nadie querrá robar cuando gane con su trabajo más de lo que gane con el robo. Si el robo no fuese penado, quien robase impunemente podría a su vez ser impunemente robado ¿cuál sería entonces la ventaja de robar?* [10]. Si el ro-

[7] Ídem, p. 5.
[8] Ibídem.
[9] Ídem, p. 6.
[10] Ibídem.

bo dejase de alimentar los homicidios, éstos se reducirían a unos pocos casos de delirio[11].

Reafirma que las tres libertades (de pensar, de decir y de hacer) son inseparables, porque la libertad de pensar no consigue sin la de decir, que es necesaria para demostrar el error, y ésta no es concebible sin la libertad de hacer para verificar la inconsecuencia. *El acto es necesario para verificar la palabra, tanto como ésta lo es para verificar el pensamiento*[12]. Esta libertad es indispensable para que el hombre aprenda a pensar bien, y *quien piensa bien no actúa mal: nadie pretende que 2 más 2 sean 5, cuando sabe que son 4. De este modo se hace al hombre a la imagen de la civilización. No debéis penar al hombre sino instruirlo*[13]. Es por la transformación de la sociedad que se transformará el hombre. ¿Cuál será esta transformación? Responde que será *la que prescriba la lógica, para que el reino de la libertad indivisible sea el reino de la razón humana*[14]. Se pregunta si esa transformación se realizará violentamente y de golpe o científica y progresivamente, y responde inclinándose por la última alternativa, que hoy se definiría como *reformista*.

No es GIRARDIN un irreflexivo utópico, sino que se percata del largo camino a recorrer, observando resignadamente que la justicia de una idea es independiente de los medios de su aplicación: que el vapor sea una fuerza es una cosa, pero encontrar quien invente la caldera y no se amilane ante las explosiones y fracasos es otra. Defender la idea de que el hombre, hermano del hombre, no tiene el derecho de penarlo, que la sociedad no tiene derecho a emplear los medios bárbaros que usa y

[11] Ídem, p. 7.
[12] Ídem, p. 8.
[13] Ídem, p. 9.
[14] Ídem, p. 10.

que hay medios mejores para contener al idiota o al insano, implica provocar una primera reacción de incredulidad, que dará lugar a la reflexión que generará objeciones, las cuales, a su vez, engendrarán las soluciones[15]. *Y cuando la sociedad viva sin carceleros ni verdugos, con menos homicidas y ladrones, parecerá tan simple como hoy lo es su existencia sin esclavos ni siervos, pese a que, durante siglos, se haya pretendido que eso era absolutamente imposible*[16]. En consecuencia, sostiene que publica el libro sin la menor esperanza de asistir al triunfo de sus ideas, pero con la de apelar a la meditación de los pensadores y a la controversia de los publicistas sobre la más importante cuestión de su tiempo, que era el fundamento de la libertad[17].

Con cierto grado de omnipotencia, confía en que el sólo poder de la verdad de su idea regenerará el mundo después de su muerte. Como corresponde a un pensamiento relativamente conservador, aclara que no critica por criticar, que jamás critica una institución existente sin pensar por cuál debe ser sustituida, que si cuestiona la legitimidad del derecho de punir, lo hace para saber cómo sustituir una rueda defectuosa del aparato social por otra que sea más simple y fuerte, y que intenta ser a la libertad, lo que Watt y Fulton fueron al vapor: no los descubridores, sino simplemente los que utilizaron su fuerza[18]. *La libertad ha conquistado el derecho a pensar y poco más tarde conquistó el derecho a decir y a imprimir lo que se piensa; pero está incompleta, pues falta a su plenitud el derecho de hacer, sin otro límite que la razón ejercida mediante el razonamiento*[19]. Culmina aris-

[15] Ídem, p. 12.
[16] Ibídem.
[17] Ídem, p. 13.
[18] Ídem, p. 14.
[19] Ídem, p. 12.

totélicamente respecto de la reforma que propone: *ni timidez ni temeridad*[20].

3. En el primer capítulo (*De la servidumbre penal*) demuestra que la pena es un resabio de la esclavitud. *Las penas corporales, las penas aflictivas, son el último anillo de la larga y pesada cadena de la esclavitud, por lo que justamente se las llama la "servidumbre penal"*[21]. GIRARDIN no es precisamente un tímido, pues manifiesta que con este libro continúa la obra de BECCARIA, quien se había quedado corto al limitar la servidumbre penal, por lo que ahora es él quien se encarga de perfeccionar su deslegitimación, ahora contra toda la servidumbre penal. *La penalidad tiene origen servil. En Roma el ciudadano libre que había desafiado la severidad de la ley era declarado esclavo de la pena, "servus poenae". Esta esclavitud le despojaba de su inviolabilidad*[22]. Con este recurso el poder punitivo romano aplicaba a los ciudadanos las penas de los esclavos. En Francia la asimilación del noble al siervo, para los mismos fines, se produjo progresivamente.

GIRARDIN cita a DU BOYS[23] para reafirmar que el origen de la pena era la satisfacción de un deseo de venganza. Dice que a la venganza sigue la composición, reconociendo que esta última tiene un efecto pacificador y que importa una reconciliación, que el asilo medieval era una imitación del asilo griego y romano y que *el rigor de la pena aumenta con el espíritu de dominación*[24]. Hace un largo alegato contra el efecto disuasivo de la atrocidad de los suplicios, demostrando con datos his-

[20] Ídem, p. 16.
[21] Ídem, p. 19.
[22] Ídem, p. 20.
[23] Albert DU BOYS, *Histoire du droit criminel des peuples anciens despuis la formation des sociétés jusqu'a l'etablissement du Christianisme*, Paris, 1845.
[24] Ídem, p. 24.

tóricos que donde las leyes fueron más duras, los delitos se multiplicaron. Establece períodos, afirmando que hubo un momento en que no había punición en Europa y todo era venganza privada, un segundo momento en que las penas fueron crueles y un tercero en que éstas se dulcificaron, que sería el de BECCARIA; propone un cuarto, en que las penas deben desaparecer. Es interesante señalar que esta periodización coincide en general con la usada por el positivismo criminológico pocos años más tarde, especialmente por FERRI, y repetida hasta hoy (venganza privada, venganza pública, humanización y, para los positivistas ferrianos, el *período científico*, reemplazado por GIRARDIN por la desaparición).

Observa que BECCARIA defiende el derecho de punir en nombre de la utilidad, y afirma que en nombre de ella (más que de la justicia) habrá de negarlo[25]. Sostiene que la penalidad corporal es el mayor obstáculo que la civilización ha encontrado en su curso[26], al punto de citar la crítica a la esclavitud formulada por MONTESQUIEU y afirmar que es completamente válida respecto de la esclavitud penal. Concluye, pues, en que la pena no puede justificarse por su legitimidad ni por su utilidad[27].

4. En el segundo capítulo (*De la legitimidad del derecho de punir*) se ocupa de los argumentos que hacen a la deslegitimación de la pena. *Fuera del estrecho marco de la legítima defensa* –afirma–, *la sociedad no reconoce al hombre el derecho de punir a otro. Si el derecho de punir no lo tiene el hombre ¿a qué título lo ejercerá la sociedad? Si la sociedad lo recibe de Dios, que comience por demostrar la existencia de Dios y luego pruebe que éste le ha delegado ese derecho. Si la sociedad no lo tiene más que por ella misma, dada la forma en que lo ejerce*

[25] Ídem, p. 30.
[26] Ídem, p. 31.
[27] Ídem, p. 31.

¿cómo osará legitimar la posesión para el uso? Si este uso no ha sido más que un largo y cruel abuso, más útil a la barbarie y a la opresión que a la civilización y a la libertad ¿sobre qué habrá de fundarse su legitimidad? Nada atestigua esta legitimidad, pero todo constata este abuso. No hay una página de la historia que no la haya manchado de sangre[28]. *¿Qué es la historia sino el sangriento martirologio de innumerables víctimas inmoladas por la ignorancia, la superstición, la tiranía, la crueldad, la iniquidad, armadas del derecho de punir?* Agrega que para negar estas dudas sería necesario resucitar de sus tumbas a los *inmortales culpables*, a la cabeza de los cuales está Jesucristo.

Rechaza frontalmente el argumento del contrato social (BECCARIA, HOBBES, LOCKE, VATTEL)[29] y también que el derecho de punir deriva de la legítima defensa (BLACKSTONE, ROMAGNOSI, CARMIGNANI)[30], al igual que la tesis de la defensa social (BECCARIA, ROSSI), afirmando que la sociedad se defiende mejorando las cosas y no apelando a la violencia reproductora[31].

A la tesis reaccionaria –pero no por ello omitida en el pensamiento no expreso de muchos bienpensantes de nuestro tiempo– de LEIBNITZ y Joseph DE MAISTRE, que deducen la legitimidad de la expiación, responde, entre otras cosas, que las deformidades morales existen en la naturaleza de igual modo que las físicas, pero se pregunta cómo puede pretender expiación el Estado que glorifica bajo los nombres de guerra y conquista lo mismo que sanciona en los individuos. Si el servicio militar obligatorio no es más que la instrucción obligatoria al asesinato, bajo pena de fusilamiento para quien se re-

[28] Ídem, p. 32.
[29] Ídem, p. 34.
[30] Ídem, p. 36.
[31] Ídem, p. 40.

húse, la guerra es la escuela de todos los crímenes y de todos los excesos. *Matar a un hombre y robarle su dinero es un acto criminal penado por la justicia. Matar quinientos mil hombres y robarles el suelo sobre el que han nacido es un acto glorioso inmortalizado por la historia*[32]. *Si el crimen se pena en el individuo, nadie pena los crímenes cometidos de Estado a Estado ni de pueblo a pueblo, no hay expiación a su respecto: ¿Con qué autoridad la sociedad podrá exigir la expiación si ella es más culpable?*

La única expiación que admite es la reparación, que en el robo es restitución, pero *la libertad que se le quita al ladrón no restituye el dinero a la víctima, ni la vida que se le quita al homicida devuelve la vida a la víctima*[33].

A Guizot y Cousin, que sostienen que la legitimidad proviene de la justicia, responde que para eso la justicia debiera ser única y universal y no local, de modo que lo que es delito en un país no lo es en otro. *¿Qué se puede decir de la justicia que quemaba a los heréticos y a los magos? ¿Qué cabe pensar de la justicia que pena a los pensadores del mismo modo que a los ladrones? ¿Cómo calificar a la justicia que condenó, sometió a suplicio, mató, crucificó, quemó, sometió a la rueda, descuartizó, aprisionó o exiló a los mayores filósofos, a los más célebres escritores, a los más ilustres sabios?*[34]. *La justicia es expresión de la sociedad, pero ésta no es expresión de la humanidad. (...) Decir que la punición es una forma de la justicia es un sinsentido, pues la justicia de la sociedad puede ser la forma de la iniquidad humana y la máscara de la barbarie*[35]. Se ocupa luego del talión kantiano, considerándolo un argumento pobre para un filósofo de la talla de KANT, y negando su legitimidad también sobre

[32] Ídem, p. 41.
[33] Ídem, p. 42.
[34] Ídem, p. 43.
[35] Ídem, p. 44.

la base de la arbitrariedad de las leyes sociales[36]. Como resultado de este paseo por las tesis legitimantes, concluye en la ilegitimidad del derecho de punir y, por ende, pasa a preguntarse por su utilidad.

5. En el capítulo tercero (*De la utilidad del derecho de punir*) adelanta la opinión de que las penas no tienen utilidad alguna, con la curiosa afirmación –sobre la que volverá más específicamente en varias ocasiones– de que la única pena que realmente tendría utilidad sería la pena de muerte. Por ello, sostiene que tendría razón DE MAISTRE y no BECCARIA, que cae en un cuadro de contradicciones: *Lógicamente, es Beccaria, el crítico de la pena de muerte, quien está equivocado, y es Joseph de Maistre, el apologista del verdugo, quien tiene razón. Beccaria es la inconsecuencia, pues todas sus proposiciones se contradicen; pero de Maistre es la impostura, pues supone un Dios que no existe, un Dios creador ardiente de impaciencia, desenfrenado de cólera, castigando a su criatura (...)*[37]. *Yo no admito ni la media penalidad según Beccaria ni la doble penalidad según de Maistre. Digo: doble penalidad, pues la condenación pronunciada por un Dios que juzga a los hombres después de la muerte, si se acumula con la condenación del hombre juzgado por el hombre, constituye un pleonasmo que viola el principio "non bis in idem". Quien afirma la inocencia del verdugo niega la existencia de Dios; quien afirma la existencia de Dios niega la inocencia del verdugo. El mismo culpable no puede ser justamente penado dos veces por la misma falta, la primera antes de su muerte y la segunda después de ésta. Joseph de Maistre no es un cristiano sino un pagano*[38].

[36] Ídem, p. 46.
[37] Ídem, p. 51.
[38] Ídem, p. 52.

Se hace cargo de la situación de estigmatización social que pesa sobre los liberados, para desacralizar la eficacia de la pena privativa de libertad y hacer resaltar la paradoja de que la única pena con real efecto preventivo especial negativo, sería la de muerte. Si no se puede probar la utilidad de la punición, *habiendo usurpado la sociedad el nombre de la justicia para desarmar al hombre ¿no será llegado el tiempo en que el hombre desarme a la sociedad en el merecido nombre de la ciencia?*[39]

6. En el cuarto capítulo (*La escala penal*) GIRARDIN pasa revista a las penas del Código de Napoleón[40] y cita autores que critican su inútil complejidad. A efectos de su análisis, las reclasifica en cinco categorías: penas de privación de la vida, de la libertad, de la patria, de los derechos cívicos, civiles y de familia y de una suma de dinero[41].

En el capítulo quinto (*De la privación de la vida*), insiste en su curiosa afirmación acerca de la pena de muerte, aclarando que es contrario a ella, pero que antes de suprimirla debiera ser suprimida la pena privativa de la libertad, o sea que su abolicionismo ascendería en la escala penal en lugar de descender[42]. Sostiene que las ventajas de la pena de muerte son que no pervierte, no deprava, no corrompe al inmenso personal necesario para la ejecución, no incrementa el crimen, etc. En cuanto a su carácter irreparable, considera que tampoco es reparable la pena de trabajos forzados que enferma y mata[43]. Destaca la contradicción entre considerar tan valiosa la vida de un inocente y admitir sin problema que los Estados las destruyan tan fácilmente por un

[39] Ídem, p. 57.
[40] Ídem, pp. 58-59.
[41] Ídem, p. 61.
[42] Ídem, p. 63.
[43] Ídem, p. 65.

pequeño conflicto de territorio. Si bien observa que la pena de muerte ha sido abolida en varios países y que su aplicación es cada vez menos frecuente en Francia, concluye que es adversario de toda pena corporal y no sólo de la pena de muerte, y que a ésta la mantendría temporariamente y para los homicidios, exclusivamente después de la desaparición de las restantes penas y hasta la total extinción del poder punitivo[44].

7. En el capítulo sexto (*De la privación de la libertad*), analiza el complicado sistema de penas privativas de libertad del Código Napoleón y formula la crítica de cada una de ellas, comenzando por los trabajos forzados a perpetuidad, que considera la esclavitud penal por excelencia[45]. Se extiende largamente contra la pena de deportación, mostrando su fracaso no sólo en el caso francés sino también en el de Australia[46], lo que parece ser un tema reiterativo en la literatura penal de su tiempo, dada la primitiva confianza depositada en esta pena como sustitutivo penal[47]. En cuanto a la pena de trabajos forzados temporales, dice que la entiende aún menos que los perpetuos. Sostiene que los presidios son la escuela superior del crimen, de modo que la sociedad es increíblemente contradictoria manteniendo un escalón penal que en lugar de contener al crimen lo estimula[48]. En cuanto a la reclusión, que es una pena por la que se encerraba en una *maison de force* al condenado, entre cinco y diez años, dice que es la escuela preparatoria de la prisión[49]. Largamente se extiende sobre las conse-

[44] Ídem, p. 75.

[45] Ídem, p. 82.

[46] Ídem, p. 113.

[47] Ver por ejemplo, en 1875, el trabajo de Concepción ARENAL, *Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación*, publicado en sus "Obras Completas", Madrid, 1895, Tomo X.

[48] GIRARDIN, ob. cit., p. 114.

[49] Ídem, p. 117.

cuencias de la prisión, sobre el régimen, sobre la nunca resuelta cuestión de los liberados que reinciden como resultado de su estigmatización social[50]; concluye que la pena privativa de libertad no es más que una pena de muerte ejecutada lentamente, y finaliza con la necesidad de su desaparición[51].

8. En el capítulo séptimo (*De la privación de la patria*), critica la pena de deportación con la sagaz observación de que si Francia puede enviar a sus malhechores fuera de su territorio, tendría el deber de recibir a los ajenos en el suyo[52]. No está de más recordar que en los tiempos de GIRARDIN la Argentina enviaba delincuentes al Paraguay.

En el capítulo octavo (*De la privación de los derechos cívicos, civiles y de familia*) sostiene que es indefendible la privación de la condición de ciudadano y afirma que son penas innecesarias, cuya función podría cumplir igualmente la publicidad[53]. En el capítulo noveno (*De la privación de una suma de dinero*) se ocupa de la multa y de la reparación del daño. En cuanto a la primera, destaca su inequidad y, en cuanto al resarcimiento, recuerda con admiración las viejas disposiciones inglesas que obligaban a la reparación a la comuna de origen del delincuente[54].

9. El capítulo décimo (*Del abuso de la penalidad*) quizá sea el más interesante del libro, pues demuestra que siempre que hubo poder punitivo hubo abuso de él, o sea, que el abuso es una nota estructural y no coyuntu-

[50] Con gran frecuencia en esta materia cita a Charles LUCAS, que era una de las más altas autoridades de su tiempo en la materia y que seguirá produciendo en años posteriores: del mismo, *La récidive et le projet de rélégation des récidivistes, extrait du compte-rendu de l'Académie des Sciences morales et politiques*, 1883; ídem, 1879.

[51] Ídem, p. 157.

[52] Ídem, p. 160.

[53] Ídem, p. 164.

[54] Ídem, p. 173.

ral del ejercicio del poder punitivo. *Si es propio del hombre abusar en general de todas las cosas, justo es reconocer que la sociedad, que se atribuyó el derecho de punir, en ningún tiempo ni en ningún país se ha mostrado más prudente que éste*[55]. No se refiere aquí a la ferocidad de las penas, o sea, al abuso en cuanto a su magnitud, sino en cuanto a los actos sometidos a ella. La sola historia de la intolerancia religiosa llenaría volúmenes, por lo que se limita a citar algunos ejemplos aislados, comenzando por la Ley Mosaica. Recuerda que se penaba con la muerte matar un buitre en Egipto, en Atenas el sacrilegio (caso Sócrates), en Roma a las vestales que dejaban extinguir el fuego y a los cristianos, especialmente en decreto de Diocleciano, sometidos a la pena de alta traición, o sea, a ser quemados vivos (*vivicomburium*) o entregados a las bestias (*damnatio ad bestias*).

Seguidamente recuerda las penas por blasfemias y otros sacrilegios y herejías, a Torquemada, las penas a los judíos por casarse con no judías o por hacerse servir por sirvientes no judíos, y la expulsión de los judíos de España. Sigue con los ejemplos y concluye que *aún cuando el abuso de la penalidad no tuviese por testimonio irrecusable esa incompleta enumeración, sería absolutamente sancionado por todos los suplicios infligidos a innumerables mártires de su fe y de su opinión*[56].

Pasa a la persecución de la brujería y de la hechicería, que remonta a la propia Ley Mosaica (*Maleficos non patieris vivere*, cita el Éxodo), la sigue en los griegos, en Roma con la Ley Cornelia y otras, pasa luego a la Europa medieval y moderna, para terminar con las penas impuestas a quienes con sortilegios atentaban contra la vida de los monarcas[57]. A continuación pasa revista a las

[55] Ídem, p. 174.
[56] Ídem, p. 191.
[57] Ídem, p. 204.

ridiculeces calificadas de crímenes de lesa majestad, desde la Roma imperial hasta Inglaterra[58]. *A cuántas penas y suplicios no habrá dado lugar la esclavitud, sin la cual Platón afirmaba que la sociedad no podría subsistir.* Recuerda las leyes espartanas y las atenienses; respecto de estas últimas, acota que el testimonio de los esclavos no era válido y que para compensar esta falla se apelaba a la tortura, la *quaestio* respondida bajo tortura por el esclavo tenía validez[59], lo que luego sucedería también en Roma.

De inmediato pasa a recordar los poderes punitivos del *pater familiae*, las sanciones a los solteros y las penas a las prostitutas, condenadas a muerte en caso de reincidencia por San Luis[60]. En cuanto al juego, señala que es la mejor prueba de la impotencia de las penas para contener las pasiones humanas[61]. Recuerda la pena de muerte por la caza ilegal, las penas a los suicidas, las penas por usar tabaco en Rusia, Turquía y Persia[62], las del contrabando, y con referencia a este último reproduce una frase de Blanqui, de considerable actualidad: *Los ciudadanos no deben impuestos sino al Estado. Cuando vosotros obligáis a un hombre a comprar una camisa o una sábana bajo el imperio de la prohibición, le imponéis una tasa en beneficio de un fabricante que no le proporciona nada en cambio*[63].

Para quienes pueden creer que la severidad de las penas contendrá a quienes falsifican sellos, recuerda las terribles penas amenazadas en los siglos XVII y XVIII, como también para el contrabando[64]. Se refiere también

[58] Ídem, p. 206.
[59] Ídem, p. 208.
[60] Ídem, p. 216.
[61] Ídem, p. 217.
[62] Ídem, p. 220.
[63] Ídem, p. 221.
[64] Ídem, p. 222.

a las penas atroces para otras conductas: al duelo; a quien no declare a qué partido pertenece; a la calumnia; al montaje de una pieza de teatro; a la condena a perder el instrumento del crimen; a las ejecuciones de toros *homicidas* en 1313 y 1499; a la excomunión de las orugas en 1516; a Gaspar Bailly, que en el siglo XVI publicó una obra sobre los procedimientos contra animales[65] y su técnica de defensa. Señala que la omisión de delatar, *que honra al hombre*, ha sido en todo tiempo y país materia de las más graves penas[66]. Así fue en Francia incluso en el Código de Napoleón y hasta 1832, para quien no denunciase crímenes de lesa majestad y complots. Recuerda las prohibiciones de la Convención para los emigrados[67], los límites al lujo (sanciones al número de sirvientes o de animales o por comer ciertas viandas, llevar ciertas prendas, construir una habitación nueva en la casa, etc.).

Evoca que los primeros impresores alemanes que llevaron libros a París fueron condenados como brujos y se salvaron huyendo[68] y la no menos interesante prohibición de la enseñanza de otra lógica que no fuese la aristotélica[69], restaurada en la Argentina dictatorial.

Concluye del siguiente modo: *Después de haber leído estos principios tan incompletos, cómo podría no convenirse en que los anales de la penalidad testimonian, más que la ignorancia y la perversidad de los pueblos, la estupidez y crueldad de los gobernantes. Pero lo que prueban, más allá de la arbitrariedad de la pena, es su impotencia*[70].

[65] Ídem, p. 227.
[66] Ídem, p. 226.
[67] Ídem, p. 228.
[68] Ídem, p. 235
[69] Ibídem.
[70] Ídem, p. 236.

10. Después de rechazar por absurdas las llamadas penas específicas, o sea, el corte de la mano al ladrón, de la lengua al blasfemo, etc. (capítulo undécimo, *De la especialidad de las penas*)[71], comienza el capítulo siguiente (*De la eliminación penal*) con una observación que conserva plena actualidad: *Lo que caracteriza el progreso penal, mucho más que la mitigación de las penas, es la sucesiva impunidad de actos que eran considerados crímenes o delitos, como también su determinación más exacta, más precisa, más fundada en la verdad, o sea, en definitiva, su eliminación*[72]. Conforme a este criterio, las actuales tendencias de la legislación penal en el mundo serían claramente regresivas, como lo señalan los autores que aún se mantienen en líneas liberales de pensamiento.

GIRARDIN recuerda que los anales de los países más civilizados están repletos de condenas extremas y crueles por brujería y sortilegios, como también a personas que creyeron que tenían la libertad de pensar y de expresarse, y más recientemente a los llamados delitos de prensa. Se pregunta quién será culpable por esas condenas, si los condenados o los jueces, y concluye que *es tiempo de salir finalmente del laberinto penal en que la sociedad ha extraviado a la humanidad durante siglos*[73]. Afirma que para ello debiera comenzarse por eliminar los delitos que sólo existen en la imaginación de los pueblos ignorantes y de legisladores atrasados; en segundo lugar, debieran cancelarse las numerosas e innecesarias distinciones en la escala penal. Afirma que de este modo disminuirá el número de malhechores que la represión ha producido y la experiencia penitenciaria testimonia, porque *la pena jamás ha corregido a otros que*

[71] Ídem, p. 241.
[72] Ídem, p. 242.
[73] Ídem, p. 244.

a quienes se hubiesen corregido sin ella, por el retorno de su conciencia ausente; sostiene que, por el contrario, la pena muchas veces lo ha impedido. *La represión* –afirma– *es una almohada sobre la cual la sociedad ha dormido demasiado tiempo. Si tarda en despertar, será deglutida por la revolución que mina el suelo sobre el que descuidadamente construimos nuestras moradas, revolución implacable, a la que sólo podremos escapar adelantándonos mediante una reforma radical, uno de cuyos primeros términos debe ser la reforma penal. Es ciego quien no ve que las prisiones que nos tranquilizan son los cuarteles que nos amenazan. ¿Cuál es el primer acto de las multitudes victoriosas? ¿No es acaso dar libertad a los detenidos, incorporarlos a sus filas y a veces tomarlos como jefes? No teniendo nada que perder, arriesgan todo; no hay exceso alguno, se ha visto, ante el que se detengan*[74].

Afirma rotundamente que el tiempo de la *represión legal* ha terminado y ha llegado el tiempo de la *eliminación penal.* Esta eliminación no será demasiado rápida ni demasiado radical. Hasta el día de la abolición definitiva de toda pena corporal, de todas las penas diferentes de la publicidad penal y de la multa proporcional a la fortuna certificada por el impuesto transformado en seguro, no deberá haber más que un único crimen, el homicidio, y una única pena, la muerte[75]. A continuación demuestra cómo varios conflictos criminalizados podrían resolverse sin la punición; si bien algunas de las soluciones son simplistas, otras conservan amplio sentido: la corrupción de funcionarios públicos se previene mediante un control eficaz que la haga poco menos que imposible; si los arrestos ilegales son todavía posibles, es por culpa de la sociedad. En cuanto al ro-

[74] Ídem, p. 245.
[75] Ídem, p. 246.

bo, razona que después de abandonar la persecución de los herejes en Francia el número de protestantes disminuyó, lo mismo que el de brujas y hechiceros y, por último, observa que cuando el poder punitivo se interrumpe violentamente después de cada revolución, lejos de aumentar, los homicidios y los robos disminuyen[76].

Sostiene algo que parece verificarse en nuestra realidad cotidiana: *una sociedad ofrece más seguridad cuantas menos leyes penales tiene*[77] y aunque no cree que pueda desaparecer el poder puntivo muy rápidamente, de cualquier manera confía en que se medite sobre ello a partir de dos grandes fallas que produce la punición, que son los liberados y los reincidentes[78].

GIRARDIN no percibía que el sistema penal provoca reproducción porque necesita clientela para autoalimentarse, pero dio en el clavo sobre el fenómeno mismo de la reproducción clientelar. En palabras de su tiempo, dado que el problema de los liberados no tiene solución, siguiendo a MONTESQUIEU afirmaba que un buen Estado debe dedicarse más a prevenir el crimen que a castigarlo, concluyendo por ello que todas las penas corporales deben desaparecer[79], excepto la de muerte, cuya desaparición reservaba para el final, porque no era reproductora.

11. En el capítulo decimotercero (*De la atenuación de las penas*), dice que *la atenuación de las penas, su corta duración, pueden seducir a los que creen que tienen el poder de enmendar al culpable, pero se trata de una ilusión que no será compartida y que rechazarán los que apoyan, en el estudio profundo de los hechos, la firme convicción de que las penas, sean cuales fueren, pervier-*

[76] Ídem, p. 250.
[77] Ídem, p. 251.
[78] Ibídem.
[79] Ídem, p. 254.

ten a los condenados en lugar de corregirlos[80]. Cita varios autores que ponen de manifiesto que el estado moral de la Francia del tiempo de las penas crueles no era superior a su propio tiempo[81].

Si bien cree que la atenuación de las penas es positiva desde el punto de vista de la humanidad, de la sociedad y de la moral, como un real progreso penal, dice que no por ello debe creerse que son más eficaces que las penas crueles, o sea, concluye que ninguna de ambas tiene eficacia[82]. El gran problema que GIRARDIN plantea a la intervención punitiva es lo que la sociología del siglo XX llamó *desviación secundaria*: su gran problema es el liberado, al que llama *soldado de todas las revoluciones*[83], que representa un peligro mayor al egresar que al ingresar a la prisión, lo que reafirma con numerosas opiniones. *Si es cierto que la liberación conduce a la reincidencia, si es verdad que la punición corporal se convierte en escuela de perversión y revolución, para que cese de ser escuela de crueldad y tiranía, debemos frenarla*[84].

12. Después de haber concluido la crítica deslegitimante del poder punitivo en el *Libro primero* de su obra, GIRARDIN dedica el *Libro segundo* a la construcción, es decir, a imaginar la sociedad sin penas corporales. El capítulo primero de este *Libro segundo* (*De la publicidad penal*) está dedicado a demostrar cómo las sanciones sociales pueden reemplazar adecuadamente y con mucha menor artificiosidad y mayor beneficio a las penas formales. *Libertad humana y penalidad corporal son dos términos que se excluyen; pero si bien hay incompatibili-*

[80] Ídem, p. 255.
[81] Ídem, pp. 256-260.
[82] Ídem, p. 260.
[83] Ídem, p. 261.
[84] Ídem, p. 272.

dad radical entre libertad indivisible y penalidad legal, no la hay entre la libertad indivisible y la publicidad penal [85]. La publicidad es el presupuesto necesario para que funcionen las sanciones sociales, que serían las verdaderas penas naturales. Existen muchos actos sociales –dice GIRARDIN– que son sancionados con el desprecio, el odio, la miseria, la ruina, la desconsideración, y que no son materia de conocimiento de los jueces. En otras palabras: propone una publicidad que libra los conflictos a las sanciones sociales. *La penalidad que propongo no es una penalidad inventada, no tiene nada de arbitrario, es la consecuencia inherente a la acción misma, es a esta acción lo que la sombra, al cuerpo, es lo que debe ser, es la publicidad, nada más ni nada menos. Como la gravedad es una ley, la publicidad también lo es. La publicidad es al orden social lo que la luz, al orden físico* [86].

Ante la inevitable objeción de que sin penalidad formal crecería la criminalidad, sostiene firmemente y con gran modernidad que criminalidad y penalidad son dos términos independientes [87], lo que prueba con múltiples datos de su tiempo. La independencia de ambas variables es, pues, una verificación nada nueva y, sin embargo, siempre negada en el discurso jurídico-penal.

Para instrumentar la publicidad, GIRARDIN proponía un *registro de vida*, que era una suerte de carta que debía llevar el ciudadano, donde se consignaba todo el curso de su existencia y se marcaban las condenas. Era una suerte de registro de deudores morosos bastante impracticable en su tiempo. El libro trae una página desplegable con el modelo que el autor imaginaba para consignar los datos, por cierto que sumamente ingenuo.

[85] Ídem, p. 275.
[86] Ídem, p. 285.
[87] Ídem, p. 280.

Supone que se le acusará de querer reponer la marca a fuego y se defiende diciendo que sería una marca transformada por la civilización y excluyendo la barbarie. Se pregunta qué mal habrá en que quien tenga manchado su registro de vida reciba la sanción social correspondiente.

Cita a MONTESQUIEU y a ROUSSEAU en apoyo de la eficacia de su propuesta y termina preguntándose: *Y dando por única respuesta al crimen cometido el crimen inscripto ¿qué hará la sociedad?* Y responde que al sujeto *le reprochará la familia, la comunidad, el lugar de su nacimiento, todos, y no podrá eludir este reproche como no puede eludir su sombra*[88]. Reconoce que de alguna manera está proponiendo el restablecimiento de la pena de exilio voluntario, o sea, la exclusión de la sociedad. Los únicos hechos que dejaba por el momento fuera de su propuesta de señalar con un sistema de registro las faltas en forma pública y dejarlas libradas a las sanciones sociales, eran los homicidios, para los que proponía mantener transitoriamente la pena de muerte, hasta que también se la pudiese hacer desaparecer, teniendo en cuenta que observaba la caída de su frecuencia en Francia.

En este aspecto, la posición de GIRARDIN era sumamente interesante, pues partiendo de una realidad de escalas penales que era coronada con la pena de muerte por asesinato, se oponía a que la abolición comenzase por la pena de muerte, invirtiendo el planteo, o sea, proponiendo que se eliminasen las restantes penas corporales y luego recién se eliminase la de muerte. Para ello se expresa de un modo que la criminología habrá de rescatar, para presentarlo como innovador con la crítica sociológica a las instituciones totales de los años sesenta del siglo XX y, sobre esa base, caracteriza de esta

[88] Ídem, p. 299.

forma ese momento transitorio previo a la desaparición de la pena de muerte: *La experiencia prueba que todo sistema penitenciario, sea cual fuere, desmoraliza a los guardianes, los hace crueles y tiránicos, sin moralizar a los detenidos, que los hace cínicos e hipócritas. Evidentemente, eso no será aún la sociedad sin penas corporales, pero indudablemente será un inmenso paso adelante hacia la sociedad del año 1900, hacia una sociedad en la que no haya más penalidad que la publicidad penal y que la penalidad pecuniaria suceda a la penalidad legal y a la penalidad corporal. De todas las fuentes de depravación, se habrá suprimido la más gruesa; de todas las escuelas de tiranía y de crueldad, se habrán cerrado las más peligrosas*[89].

13. En el segundo capítulo de este libro segundo (*La sociedad sin penalidad corporal*) GIRARDIN trata de mostrar cómo debería reorganizarse la sociedad en que las penas desapareciesen. *Si de los testimonios que he acumulado resulta que, sea que se las agrave o que se las atenúe, las penas vigentes son todas ineficaces, todas son igualmente impotentes, sea que se propongan enmendar al condenado, sea que se propongan intimidarlo, la consecuencia que extraerá la lógica es que conviene buscar una vía diferente de la que la sociedad ha seguido durante tantos siglos, obstinándose en marchar en sentido contrario a la humanidad*[90].

Según GIRARDIN, el error de la sociedad –que a fuerza de repetirlo se ha convertido en una verdad fuera de discusión– es que concentrando a un grupo de personas consideradas peligrosas por sus naturalezas perversas, los neutraliza, cuando en realidad no ha hecho más que aumentar el peligro y reproducirlo. Sostiene que debe hacerse exactamente lo contrario, o sea, distribuirlo pa-

[89] Ídem, p. 318.
[90] Ídem, p. 320.

ra que se pierdan entre la totalidad inmensamente superior de la población. Para ello, deben ser colocados bajo la vigilancia de su familia pecuniariamente responsable, pero sobre todo, de la comuna de nacimiento (*comuna materna*).

Es extraordinariamente moderna la concepción de GIRARDIN respecto de las funciones de la comuna. Parece increíble, pero en 1871 define la función del Estado de bienestar, sólo que en manos del municipio. Visionariamente vaticina su fracaso en manos del Estado centralizador, al que considera un obstáculo que todo lo complica, y revalora la función del municipio: *¡Se trate de condenados, de liberados, de alienados, de niños abandonados, de inválidos de trabajo o de obreros privados de trabajo por causas independientes de su voluntad, se trate de todos esos o de otros problemas sociales, no hay ninguno que, después de la familia, no pueda resolver la comuna normal*[91]. Aclara que en esto es fecunda la idea del falansterio, pero precisa más adelante que no se afilia a la concepción del socialismo utópico en esta variante, sino que reclama de la comuna que asuma su real función municipal y nada más[92].

Embate contra la centralización estatal y sostiene que el Estado centralizador es un Estado condenado a trabajos forzados[93]. Por ello postula comunas libres, en un Estado libre, en que éstas serían los eslabones de una cadena (que sería el Estado). Calcula que en Francia se requerirían unas cinco mil comunas. Muestra con números cómo se resolvería el problema penitenciario, pues cada comuna debiera hacerse cargo sólo de un puñado de presos, no superior a diez en total[94]. Acabarían

[91] Ídem, p. 322.
[92] Ídem, p. 324.
[93] Ibídem.
[94] Ídem, pp. 326 y ss.

con ello los vicios de la concentración y sobrepoblación penal. Rechaza la idea del patronato después de la liberación y reclama que éste intervenga antes de la prisión y en reemplazo de ella, no cuando ya se ha hecho el mal y es difícil de remediar[95].

Resuelve la cuestión financiera del Estado de bienestar comunal, que propone mediante una reforma al Código Civil, que hace a la *comuna madre* heredera de la parte de un hijo de todos sus habitantes, como forma compensatoria de las nuevas tareas de que la inviste[96]. De esta manera se propone atacar en su origen el mal que causan los robos y los homicidios, impidiéndolo antes que nazca: se trata de *suprimir en su fuente la ignorancia y la miseria*[97]. *Si esta idea fuese falsa, no sería verdad que la criminalidad que cae bajo los golpes de los tribunales y de la policía sea más rara entre los que saben leer y escribir que entre los que no saben, entre los que razonan que entre los que no razonan, entre los que tienen bienestar que entre los que no lo tienen*[98].

A continuación define con todas las palabras el ideal del Estado de bienestar, sosteniendo que con los adelantos técnicos y administrativos del Estado y de la economía, es inconcebible que haya un solo adulto iletrado, un solo habitante no asegurado contra todas las contingencias, sin la certeza de los medios que le permitan el acceso al bienestar, entre los cuales el trabajo y la probidad exijan los menores esfuerzos. *A medida que el trabajo resulte menos penoso, el robo se volverá más raro*[99] y con el enrarecimiento del robo disminuirán los riesgos de homicidio.

[95] Ídem, p. 335.
[96] Ídem, p. 336.
[97] Ídem, p. 338.
[98] Ídem, p. 339.
[99] Ibídem.

GIRARDIN considera que la sociedad sin penas corporales debe educar para la solidaridad y dejar de formar militares para matar, y así como educa para el valor, debe hacerlo para la honestidad. No propone la prohibición alcohólica, sino que afirma que dando la posibilidad de ir al café, la gente dejará de ir al bar, sosteniendo rotundamente que *el aumento del bienestar eleva el nivel de moralidad*[100].

14. Sostiene que una vez enunciado un principio, debe tenerse el suficiente coraje para extraer de él todas sus consecuencias, sin eludir ninguna. Ese defecto lo observa en quienes admiten *a cualquier título la penalidad corporal, sea como expiación o como retribución, como intimidación o como corrección, la admiten a medias, la admiten sin todo su rigor, siendo una inconsecuencia que se condena por la incertidumbre de sus titubeos y la multiplicidad de sus ensayos, todos condenados sucesivamente por la experiencia, tanto en el nuevo como en el viejo mundo*[101].

Compara los riesgos de la guerra y de la conquista, en cuanto a homicidios y robos, con las probabilidades estadísticas de ser víctima en un hecho individual y concluye que los primeros son mucho mayores[102]. Metafóricamente considera a la sociedad como una ciudad sitiada y aislada, en la que se llegaría a la antropofagia, pero en la medida en que eso deje de ser necesario, desaparece; de la misma manera cree que desaparecerán los robos y los homicidios, como la civilización hizo desaparecer la antropofagia, y así *la civilización ocupará el lugar de la barbarie.*

Sostiene que a la sociedad incumbe la tarea de deshabituar al ser humano del homicidio y del robo[103] y pa-

[100] Ídem, p. 341.
[101] Ídem, p. 343.
[102] Ídem, p. 344.
[103] Ídem, p. 349.

ra ello propone: la extinción de la guerra; de la ignorancia general, invirtiendo en educación el presupuesto de guerra; de la miseria inveterada y heredada; estableciendo la responsabilidad pecuniaria de los parientes, en el mismo grado en que concurren a la herencia, la responsabilidad pecuniaria de la comuna madre en defecto de la familia, compensada por la herencia de la parte de un hijo; liberar al Estado respecto de los crímenes y delitos, derivando su responsabilidad en las familias y en las comunas; transformar el impuesto obligatorio en prima de seguro que cubra todos los riesgos sociales; reemplazar el pasaporte por el registro de vida o póliza general y especial de seguro social; establecer la previsión social mediante retención de un centavo por hora de trabajo, llevada a cabo y depositada por el empleador; ofrecer créditos mutuales e inmobiliarios; reemplazar todas las penas existentes por multa, interdicción y muerte, hasta que se puedan hacer desaparecer también éstas[104].

Insiste sobre la esclavitud penal: *La extrema dificultad –o imposibilidad– de reintegrar a los liberados a la sociedad que los rechaza sin piedad, que los golpeó, los marcó a fuego, los aprisionó, los lanzó a la miseria perpetua impidiéndoles levantarse, (...) esta imposibilidad es la condenación soberana a la servidumbre penal*[105]. Es obvio que llama *servidumbre penal* al resultado de la función reproductora del sistema penal. Frente a ello, afirma que *la esclavitud de la pena corporal no puede subsistir. Todo lo que se diga a su respecto será tan falso como lo que dijo* ARISTÓTELES *cuando declaraba que no podía existir una sociedad sin la esclavitud de su tiempo*[106]. Sin embargo, la esclavitud antigua y la servidumbre

[104] Ídem, pp. 351-355.
[105] Ídem, p. 361.
[106] Ibídem.

feudal desaparecieron sin llevarse a la sociedad con ellas, por lo cual tiene plena confianza en una sociedad sin penas corporales, que será una sociedad muy dinámica y apta para salvarse de una revolución moderna, que no se llevaría a cabo con las armas sino con los votos. Expresa que así como es tarde gritar *¡Al fuego!*, cuando éste todo lo devoró, sería muy tarde gritar *¡A la ignorancia, a la miseria!* cuando los liberados, reincidentes y otros hayan destruido todo, llevados por la ignorancia y la miseria[107].

GIRARDIN se pregunta: *¿Puede subsistir la sociedad sin el derecho de punir? En otros términos ¿Puede sustituir la cultura del hombre por el hombre a la punición del hombre por el hombre, que sólo es posible por la dominación del hombre sobre el hombre?*[108]. Para ello propone suprimir el entrenamiento militar, acabar con medio millón de hombres desfilando con armas en la mano y entrenados para responder al grito de *fuego* matando a un semejante, conservando sólo la gendarmería, sustituyendo el reclutamiento corporal por el reclutamiento intelectual, el espíritu de rivalidad por el de reciprocidad, la paz armada por la paz asegurada, el nacionalismo por el racionalismo, la vieja política internacional por la política intercomunal[109].

GIRARDIN estaba firmemente convencido de que el poder punitivo desaparecerá, como han desaparecido otras cosas que en su momento parecían consustanciales a la propia sociedad. *Ni el poder paterno, ni el marital, ni el doméstico, ni el público, ni la misma penalidad son hoy lo que fueron en los tiempos que acabo de recordar sumariamente, y hoy nos parecen increíbles atrocidades lo que entonces eran consideradas penas justas y le-*

[107] Ídem, p. 362.
[108] Ídem, p. 367.
[109] Ídem, p. 369.

gítimas necesidades por hombres como Cicerón y Tácito y por jurisconsultos como Paulo y Ulpiano [110]. Recuerda más adelante la crítica de FACHINEI al libro de BECCARIA[111] y en la respuesta de MUYARD DE VOUGLANS, en 1780, a la crítica de este autor a la tortura[112], y observa lacónicamente que nueve años después de esa obra estalló la Revolución. Recuerda la derogación de la tortura en 1780 y los esfuerzos posteriores por erradicar todas sus manifestaciones y revisar las ordenanzas de 1670 [113], que provocaron el rechazo de los jueces (llamados parlamentos). Y concluye con el siguiente párrafo: *La tortura, el descuartizamiento, y toda la variedad de suplicios sin los cuales parecía que la sociedad no podía subsistir, han desaparecido. Hoy ya no se vierte plomo derretido ni resina hirviente en las heridas del paciente, y sin embargo, la sociedad subsiste, como continuará cuando hayan desaparecido la prisión, la reclusión, la detención, los trabajos forzados perpetuos y temporales, la deportación y, por fin, en el primer año del próximo siglo, la pena de muerte* [114].

15. En el tercer capítulo, finalmente, el autor apela a la controversia. Reconoce sus limitaciones, considera la posibilidad de superación de las guerras, lamenta que Bismark haya desatado la guerra con Francia, muestra

[110] Ídem, p. 377.

[111] Ver Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene, con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento*, a cura di Franco Venturi, Giulio Einaudi Editore, 1981, p. 164.

[112] Se está refiriendo a una edición posterior de la conocida obra de Pierre-François MUYARD DE VOUGLANNS, *Institutes au Droit Criminel, ou Principes Géneraux sur ces matieres, suivant le droit civil, canonique, et la jurisprudence du Royaume: avec un traité particulier des crimes*, Paris, 1757.

[113] Sobre ellas: *Nouveau Commentaire sur l'Ordonnance Criminelle du mois d'Août 1670*, Paris, 1769.

[114] Ídem, p. 387.

la Comuna de París como un hecho lamentable a punto de quemar todo París, y, finalmente, llama a la controversia para debatir la idea que lanza en el libro.

Nos hallamos frente a un autor que puede ser considerado un adelantado del Estado providente, que en 1868 –antes de la Comuna de París y horrorizado después de ésta–, adopta el camino que se llamaría *reformista* y prevé que el futuro Estado de bienestar, gestionado por los municipios y no por los Estados nacionales, habrá de hacer desaparecer las penas corporales y con ello disminuirán los delitos. Aunque eso no haya pasado tan rápidamente como GIRARDIN pretendía (conforme a su cronología, las penas podían desaparecer más o menos rápido y la pena de muerte remanente en 1901), a ciento treinta años de distancia no puede negarse que una parte de lo previsto ha sucedido: el Estado de bienestar llegó en algunas regiones del planeta, aunque no se extendió al resto. En esa parte del planeta, el Estado de bienestar hizo desaparecer la pena de muerte y contraer notoriamente las restantes penas corporales. Pero no por ello desapareció totalmente el poder punitivo y, más aún, finalmente tiende a reducirse y a desaparecer el propio Estado de bienestar, con la consiguiente nueva tendencia expansiva del poder punitivo, que retoma las características que GIRARDIN daba por superadas con el liberalismo limitador de BECCARIA.

La obra de GIRARDIN es la obra de un auténtico abolicionista y también de un político. No es un utópico ni un revolucionario al viejo estilo, sino un liberal progresista que sueña el Estado de bienestar o Estado providente municipalizado. La virtud de su obra es que deslegitima al poder punitivo de modo claro, con los mismos argumentos que casi un siglo y medio después continúan siendo innegables. Su táctica de hacer desaparecer la prisión primero y la pena de muerte luego es la de un político: conservaría por un tiempo la pena para los de-

litos que producen más alarma (era el primer periodista de gran tirada). Su error consistió en no advertir lo que más de un siglo después señaló FOUCAULT: la conservación del sistema penal no interesa porque prevenga nada, sino por la forma del poder que ejerce y que se traduce en vigilancia de toda la población.

El interrogante que queda es el siguiente: cuando hoy la tecnología electrónica permite llevar a cabo la publicidad que preconizaba GIRARDIN en forma mucho menos ingenua y muchísimo más efectiva, cabe preguntarse si este medio de control y vigilancia no tenderá a reemplazar al sistema penal y, también, si este control no será mucho más represivo que el propio control punitivo o si no logrará simbiotizarse con éste e incrementar niveles de represión. Es sugestivo que una de las garantías más discutidas de nuestros días sea el derecho a la privacidad ante el increíble avance de la publicidad.

COMENTARIO A LA OBRA DE GIULIANO VASSALLI SOBRE RADBRUCH*

1. JUSTIFICACIÓN

No es frecuente hallar un libro monográfico en el cual, desde el derecho penal, se renuevan las alternativas del debate entre positivismo jurídico y *iusnaturalismo*, con una erudición que sin duda agota la información, lo que implica una paciente investigación reveladora de la energía puesta en la elaboración. Del trabajo de fina artesanía informativa y de la extraordinaria madurez intelectual y equilibrio ponderador del Prof. Vassalli, resulta uno de los libros más originales y a la vez apasionantes de los últimos años. Dado que no se ha difundido entre nosotros y que aborda temas que nos golpean muy cerca, hemos creído que la importancia de la obra merece un comentario extenso, que refleje –aunque sea pálidamente– la riqueza informativa y las atinadas reflexiones del autor.

La obra se divide en tres partes: la *superación del pasado* en la jurisprudencia y en la doctrina alemana del último medio siglo largo es la primera; le sigue un análisis del tema en perspectiva comparatista y se cierra con las conclusiones del autor.

* Giuliano VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Giuffrè Editore, Milano, 2001. El presente trabajo: Nápoles, 2002.

2. LA "FÓRMULA DE RADBRUCH"

Comienza por recordar la célebre fórmula enunciada en el breve artículo de Gustav RADBRUCH titulado *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (*Injusto legal y derecho supralegal*): *El conflicto entre justicia y seguridad del derecho* –escribía allí el iusfilósofo– *debería resolverse en forma de que el derecho positivo, garantizado por el estatuto y el poder, tenga preeminencia aun cuando en su contenido sea injusto e inadecuado, salvo que el conflicto entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan intolerable que haga que la ley, como "derecho injusto", ceda ante la justicia.* Destaca seguidamente que varios autores señalan una segunda fórmula de RADBRUCH que agrega, a la de la *intolerancia* mencionada, una negación del derecho (*no derecho*), que se produciría cuando se trate directamente de sistemas de leyes criminales, o sea, de un Estado criminal.

Como se recuerda, RADBRUCH señalaba tres casos: el de un sujeto que denunció a un ciudadano por actividad antinazista, dando lugar a que un tribunal lo condenase a muerte y fuese ejecutado; el segundo se refiere a los ayudantes del verdugo que ejecutaron a más de trescientas personas; el último, a un soldado que desertó del ejército nazi y que, descubierto por un suboficial, le dio muerte para evitar ser detenido. RADBRUCH llamaba la atención sobre el peligro de superar el positivismo jurídico de modo que insensiblemente se cayese en otro Estado de no derecho. Por ello, en el primer caso, prefiere la condena por autoría mediata del denunciante, pero encuentra que no sería posible condenar a los jueces que pronunciaron la injusta sentencia, porque debido a su entrenamiento positivista no les sería exigible la comprensión de la antijuridicidad de su conducta, razones por las cuales cree que también debían ser absueltos los ayudantes del verdugo. En cuanto al soldado, no

duda en su absolución. Concluye afirmando que la seguridad del derecho es también parte de la justicia. En síntesis, puede decirse que reconoce tres niveles: uno de derecho injusto pero tolerable, otro de derecho injusto no tolerable y un tercero que es directamente el no derecho. Como las consecuencias de la segunda y tercera categoría son análogas, por lo general el interés se centra en la diferencia entre la primera y la segunda. La decisiones en este límite, o sea, las que importan invalidez del derecho positivo, las reservaba a una ley posterior o a los tribunales superiores.

En tiempos en que RADBRUCH escribía, no existía aún en Alemania el *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Fedreral) ni tampoco se conocía un sistema de control difuso de constitucionalidad como el norteamericano, que es modelo del nuestro. De cualquier manera, el Prof. VASSALLI destaca acertadamente que RADBRUCH no resolvía los tres casos en función de su propia fórmula, sino que el del delator lo decidía conforme al Código Penal alemán de 1871, al igual que el de los asistentes del verdugo, en tanto que el del desertor lo encuadraba en las disposiciones posteriores de la ley emanada de la autoridad de ocupación, que declaraba no punibles los actos de resistencia. Según el autor, la aplicación de la fórmula corresponde al *dopo Radbruch*.

3. EL "GIRO" DE RADBRUCH Y EL POSITIVISMO JURÍDICO

A continuación, el autor se ocupa del debate sobre la real o supuesta *Kehre* de RADBRUCH, es decir, sobre su *giro* posterior a la guerra, que es negado por algunos autores (Ralf DREIER y S.L. PAULSON), quienes consideran que sus últimas posiciones son desarrollos de las sostenidas antes de 1932. De toda forma, es claro que, exista o no una ruptura con sus posiciones precedentes, no

puede ubicarse a RADBRUCH entre los sostenedores de la separación de justicia y derecho, aunque sostenga que la certeza forma parte de la justicia. Justamente, eso es lo que se le critica desde el positivismo, especialmente en un artículo de HART, en que éste se hace cargo del drama alemán, pero considera que es preferible imponer penas reconociendo leyes que violen el principio de irretroactividad, que invocar el derecho natural para declarar la invalidez de las leyes anteriores. La radical posición de HART fue fuertemente criticada, incluso en los Estados Unidos, por Lon FULLER, sosteniendo que es inferior el riesgo a la anarquía que el de perder la libertad por preferir sin excepciones el orden a la justicia. Cabe observar que ésta parece ser una respuesta a HOBBES. El debate se reiteró en análogos términos en Alemania, siempre en los años cincuenta, entre Ralf DREIER y Norbert HOERSTER, manteniendo el primero la conexión entre derecho y moral y negándola el segundo, en nombre del positivismo. En 1991, Horst DREIER, desde el positivismo, critica la afirmación de que éste había favorecido al nazismo, observando que el desprecio a las leyes por parte de los jueces venía de los tiempos de Weimar. La defensa de la fórmula de RADBRUCH la asume en tiempo reciente ALEXY.

De cualquier manera, la tesis del positivismo jurídico choca con el inconveniente de que, aunque se sancionen leyes retroactivas, nada evita que se consideren válidas las leyes anteriores, lo que tiene consecuencias prácticas. Una de ellas fue la cuestión de la readquisición de la ciudadanía por los alemanes judíos, que no la hayan solicitado en los términos constitucionales y que no tienen residencia en Alemania: una sentencia del Tribunal Constitucional de 1968 consideró que se trataba de derecho nulo y, por ende, debía reconocérseles aunque no lo hubiesen solicitado en la forma constitucional; pero otra de 1980 lo denegó, en razón de la falta de re-

sidencia en Alemania del peticionante. Otra consecuencia es referida a la responsabilidad de los jueces: respecto de los jueces nazis, RADBRUCH había sostenido –como se vio– que no podía exigírseles la consciencia de la ilicitud, pero el problema volvió a plantearse después de la unificación, especialmente con los procesos-farsa llevados a cabo en tiempos de ocupación soviética (conocidos como *procesos de Waldheim*). La polémica se remonta a 1947, con un artículo de Helmut COING, en el cual señala que los jueces debían negarse a aplicar las leyes inhumanas o apartarse de la función o, al menos, negarse a formar parte de tribunales especiales. En la práctica, no fueron condenados los jueces de los tribunales nazistas ni los de la DDR (República Democrática Alemana) por la justicia alemana federal. Dada la particular tipificación del prevaricato judicial en Alemania (*Rechtsbeugung*), su aplicación a los jueces sería paradójica: los nazis no habrían desviado maliciosamente la aplicación de las leyes inhumanas; los alemanes orientales, si se interpreta su marco jurídico encuadrado en el derecho internacional, lo habrían hecho.

4. LA JURISPRUDENCIA ALEMANA SOBRE LOS HOMICIDIOS DEL MURO DE BERLÍN

El autor lleva a cabo un detallado análisis de la jurisprudencia alemana respecto de los problemas planteados con motivo de la unificación. El principal de ellos fue el de los homicidios en el muro de Berlín, entre 1961 y 1989, como consecuencia de disparos de los guardias de frontera o de minas o dispositivos análogos, para impedir la salida irregular del territorio oriental. En varias ocasiones, estos hechos habían sido considerados homicidios y homicidios calificados por los tribunales alemanes federales. Se trata de valorar el comportamiento de

los jerarcas de la DDR por un lado, y de los guardias de frontera por otro, para lo cual entra en juego la validez de la legislación de la DDR, tanto del art. 213 de su Código Penal (que penaba la salida irregular del territorio), como de la regulación del uso de armas en la frontera.

a) El Tribunal de Berlín consideró culpable a Honecker (antiguo presidente de la DDR) y a los otros miembros del Consejo de Defensa de la DDR por instigación al homicidio, basado en la intolerancia de la legislación que permitía dar muerte a esas personas, incompatible con los principios del Estado de derecho. Algo análogo hizo luego la justicia de Berlín, condenando a dos guardias por homicidio, excluyendo la validez de la ley sobre seguridad de fronteras de la DDR por su manifiesta incompatibilidad con las normas internacionales.

b) No obstante, la cámara juvenil de la misma justicia siguió otro criterio: basada también en RADBRUCH, sostuvo que esa ley era derecho injusto, pero no inválido por intolerable, por lo cual condenó también, pero aplicando la misma ley de la DDR, por considerar que los guardias no habían disparado a las piernas como debían hacerlo.

c) Esta última sentencia fue conocida por la casación alemana en noviembre de 1992 (*Bundesgerichtshof*), que se inclinó por el criterio de la primera sentencia, es decir, por negarle toda validez a la tipificación penal de la salida irregular del territorio, confirmándola sobre esta base.

d) En diciembre de 1993, una segunda sentencia de la casación, independientemente de las cuestiones que resuelve, desconoce validez a la legislación de la DDR, en razón de que no se ajustó al derecho internacional, o sea, que no desconoce validez en bloque a la legislación de la DDR, sino a su interpretación de modo *no amigable con los derechos humanos* (*menschenrechtsfreundlich*). Con este último concepto –que será luego materia

de discusiones doctrinarias– se evita acudir a cualquier referencia suprapositiva. Este concepto se extrae de la obligación de la DDR de someterse al Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, pero como éste había sido ratificado en 1976, otra sentencia del mismo tribunal de casación federal de 1994 entendió que la muerte de un fugitivo desarmado era contraria a la propia Carta de la ONU y que la contradicción jurídica era tan flagrante que incluso un iletrado podía percatarse de ella.

e) En 1996 el Tribunal Federal Constitucional se pronunció, en dos ocasiones, en el sentido de que una causa de justificación no puede tenerse por válida cuando permite anteponer el valor de la prohibición de salida del territorio al de la vida humana, con más marcados acentos de justicia material, aunque con referencia al derecho internacional. No considera que se viole el principio de irretroactividad, pues se trataba de la *praxis* interpretativa de la causa de justificación, que no estaría tutelada por este principio. Además, la prueba de esa *praxis* fue contraproducente para la defensa, porque reforzó los argumentos legitimantes de la ley alemana federal de 1993, que suspendía la prescripción de las acciones hasta la desaparición de la DDR.

f) Los recursos interpuestos ante la Corte Europea de Derechos Humanos (*Strasbourg*) fueron rechazados en sentencia de marzo de 2001, dando por cierto que los homicidios en el muro eran criminales, conforme al propio derecho vigente en la DDR, según los principios contenidos en su Constitución y en su Código Penal.

5. EL DEBATE DOCTRINARIO SOBRE LA JURISPRUDENCIA SANCIONADORA

Seguidamente, el autor pasa a ocuparse del debate doctrinario a que dio lugar esta jurisprudencia. Este de-

bate fue enormemente rico, aunque a veces no se discutía casi la responsabilidad penal por los homicidios, sino que en su centro parecía permanecer firme la pregunta formulada por Horst DREIER: ¿Era preferible una ley retroactiva en que la medida de la punibilidad la estableciese el legislador, o la fórmula de RADBRUCH, que considerando inválidas las leyes de la DDR referidas a estos hechos, otorgase ese poder a los jueces?

a) Una de las primeras posiciones contrarias a la jurisprudencia citada fue la de Günther JAKOBS y la del constitucionalista Josef ISENSEE. JAKOBS sostuvo que en caso de cambio de régimen político, para penar son necesarias tres condiciones: la atribución al autor (consciencia de la ilicitud), la necesidad de la pena para restablecer el orden violado y, por último, la positividad del derecho (incluyendo la irretroactividad de la ley penal). Afirma que ninguna de estas condiciones se dan en el caso de los homicidios en la frontera interalemana y, desde esta posición firmemente positivista, rechaza los argumentos jurisprudenciales. En la misma perspectiva crítica se sitúa un trabajo de Jörg POLAKIEWICZ de 1992, quien, con una minuciosa argumentación del derecho vigente, concluye que sólo serían punibles los homicidios cometidos que excedieran los límites legales vigentes en la ley de la DDR al tiempo del hecho, dejando abierta la puerta para la punición, al rechazar la prohibición de retroactividad de la jurisprudencia. Knut AMELUNG también asumió una posición fuertemente crítica, pero basándose en la imposibilidad de fundar la culpabilidad. Ralf DREIER y Walter GROPP expresaron también opiniones críticas que el autor sintetiza.

b) En la posición favorable a la jurisprudencia se manifestaron varios autores, comenzando por HRUSCHKA, que virtualmente invierte el planteo crítico de JAKOBS. Sostiene que la República Federal no puede ser compelida a respetar las leyes de un Estado de *no derecho* y

que le compete juzgar los hechos por ser, las víctimas, ciudadanos alemanes y por haberse cometido en un lugar donde no existía ninguna potestad penal, como si fuese un témpano en el polo. F. C. SCHRÖDER no llega a este extremo, pero afirma que la invocación del derecho internacional es suficientemente demostrativa de la ilicitud del ordenamiento jurídico de la DDR y que la necesidad de pena es realmente sentida. Monika FROMMEL sostuvo que no existe un verdadero problema de irretroactividad, pues se trata de una cuestión de confianza en cierta jurisprudencia, que sólo puede plantear problemas de culpabilidad respecto de los guardias de frontera, pero no de los jerarcas.

En parecido sentido, Helga WULLWEBER criticó las sentencias porque sólo habían condenado a los soldados, sin fundar suficientemente el rechazo de la inevitación del error de prohibición a su respecto, dejando a salvo la responsabilidad de los jerarcas. LÜDERSSEN sostiene que se trata de homicidios, dado que disparar no era el único medio de detener la fuga. HIRSCH es quien más fuertemente se enfrenta con la tesis de JAKOBS, según la cual las leyes de la DDR no pueden interpretarse fuera del contexto jurídico total de la dictadura comunista, que no era una simple manipulación del derecho sino su fundamento mismo. HIRSCH responde que no es admisible que el máximo de perversión del derecho venga a constituir el fundamento de su intangibilidad, o sea, que si no hubiese alcanzado semejante grado de perversión sería interpretable de modo amistoso para los derechos humanos, pero que, por haberlo alcanzado, esto no sería admisible. Observa que lo mismo podría sostenerse con respecto al Holocausto. Va más allá y sostiene que la tesis que critica resucita la concepción del derecho de Carl SCHMITT. Adhiere a las sentencias comentadas, pero por otro fundamento: sostiene una interpretación restrictiva de la causa de justifi-

cación que permitía hacer uso de las armas en la frontera, con lo cual evita todo problema de referencia suprapositiva. En cuanto a los jerarcas, los considera autores de escritorio, aunque reconoce que la calificación como instigadores puede responder al principio de la ley más benigna.

KINKEL también escribió apoyando las decisiones judiciales, al igual que H. L. SCHREIBER, cuyo ensayo el autor considera uno de los mejores, que apoya la interpretación de las leyes de la DDR conforme a los principios del derecho internacional y afirma que la ilicitud de esos homicidios estaba difundida incluso dentro de la propia DDR. ROXIN también se muestra partidario de no plantear cuestiones acerca de la ilicitud ni sobre la irretroactividad, pero cree que en la mayoría de los casos de guardias de frontera sería difícil condenar superando el obstáculo de la culpabilidad. Cabe observar que los autores que el Prof. VASSALLI ha mencionado hasta aquí no apelan ni ponen en discusión la fórmula de RADBRUCH.

c) La invocación de la fórmula de RADBRUCH corresponde en primer término a Robert ALEXY, quien sostiene que, en el caso, no puede aplicarse la ley de la DDR, pues se trata de un supuesto de injusticia extrema, que quita validez al derecho. Niega que pueda plantearse la irretroactividad, pues se trataría de una ley que es un *Unrecht* desde siempre. En cuanto a la culpabilidad de los guardias de frontera, ALEXY formula serias objeciones a la jurisprudencia. Ernst-Joachim LAMPE formula también reclamos al derecho suprapositivo para ciertos delitos, aunque deja abierta la cuestión sobre los homicidios de la frontera interalemana, como también Silke BUCHNER.

d) Desde la acera opuesta, pero también poniendo en el centro del debate la cuestión del suprapositivismo, Horst DREIER critica las sentencias, sosteniendo que buscaron apoyo en el derecho internacional, ante las di-

ficultades para la aplicación de la fórmula de RADBRUCH. Sostiene que la DDR nunca fue parte del sistema europeo de derechos humanos, que el Pacto no se tradujo en leyes internas y que la Declaración Universal es sólo una resolución de la ONU, opiniones que no dejan de ser sorprendentes. Afirma que interpretar la legislación de la DDR en el marco de *un derecho amistoso con los derechos humanos* importa inventar un orden jurídico que nunca existió. Concluye afirmando que la solución más práctica sería una particular amnistía que cierre una cuestión sobre la cual, afirma, las posiciones jurídicas no están nada claras. KÖHLER, por razones parcialmente diferentes, llega a análogas conclusiones.

e) Una de las opiniones más favorables a la jurisprudencia y en gran medida original es la de Wolfgang NAUCKE, quien comienza sosteniendo que la defensa de los jerarcas de la DDR recuerda la de los soberanos indemnes a la ley penal. Afirma que los delitos de Estado son delitos comunes, sólo que reforzados porque provienen del Estado y por ello son más peligrosos. La escasa atención de la doctrina la atribuye a que centraron la protección penal en la seguridad del Estado. Considera que el principio de irretroactividad reconoce excepciones en la práctica cotidiana y que no hay ningún argumento serio para rechazar su excepción en estos casos extraordinarios, justamente cuando se trate de delitos de Estado, que son reconocidos generalmente como crímenes y cuya impunidad obedece precisamente a que se cometieron desde el propio Estado. Como su impunidad se disfraza detrás de la irretroactividad y del error de prohibición, afirma que es más difícil condenar a un dictador que a un ratero. La más original de sus observaciones es que considera que hay cuatro líneas del derecho penal del siglo XX: la primera es la tradicional, con la pena presuponiendo culpabilidad y legalidad; la segunda es el derecho penal que se forma a partir de las medidas de se-

guridad, que se desvincula de los límites de la anterior; la tercera es la que permite reemplazar la pena por la reparación, aún más desvinculada; y la cuarta sería la de la criminalidad reforzada de Estado, que también debe hacer ceder ciertos principios limitadores.

Seguidamente, el profesor de Roma se ocupa de los análisis puramente políticos llevados a cabo sobre la posible responsabilidad de funcionarios de la DDR, comenzando por un interesante trabajo de H. QUARITSCH, donde sistematiza las reacciones posibles en un cambio de régimen: *a*) ignorancia (España posfranquista, Rusia poscomunista); *b*) amnistía; *c*) linchamiento vindicativo (Francia, Bélgica, Italia durante un período breve, Yugoslavia); y, por último, la represalia por medios estatales. Propone como quinta variable una suerte de elaboración científica con aprendizaje social (quizá algo parecido a las comisiones de la verdad). Pasa revista luego a otras opiniones desde la misma perspectiva, siendo de destacar la posición de Friedrich DENCKER, quien señala que el recurso de considerar que la prescripción es una institución procesal y que al respecto no rige la prohibición de irretroactividad, no pasa de ser una máscara para la aplicación retroactiva de la ley.

Entre otros autores que analizan la cuestión en perspectiva política, el Prof. VASSALLI menciona la interesante contribución de H. ROTHLEUTHNER, quien observa que, fuera de las condenas de los tribunales aliados, la justicia de Alemania Federal no condenó a ningún jurista al servicio del nazismo y, en tanto que los procesos-farsa de Waldheim (llevados a cabo por la DDR) fueron declarados nulos por la justicia federal, nunca sucedió lo mismo con los del *Volksgerichtshof* nazista, fenómeno que no puede dejar de tener peso respecto de la responsabilidad de los jueces y fiscales de la DDR.

Este largo análisis, que ocupa casi doscientas páginas de la meticulosa investigación del autor, concluye

del siguiente modo: *No obstante la claridad de las posiciones asumidas en uno u otro sentido, casi siempre atravesadas por una fuerte aspiración de moralidad y de justicia además de una rigurosa investigación jurídica, el cuadro queda confuso. Como sucedió con la justicia penal sobre los crímenes nazistas, también para la ejercitada después de 1991 frente a los delitos de la DDR, la "superación jurídica del pasado" deja fuertes márgenes de insatisfacción, tanto desde el punto de vista de la justicia sustancial como respecto de su legalidad. Sólo algunos sostenedores extremos del recurso al derecho natural o, desde el margen opuesto, de la inderogable positividad del derecho, siguen contemplando el tema con tensión ideal. La mayoría tiende lentamente a liberarse de este peso y a cerrar el capítulo en un paréntesis, sea invocando una amnistía o simplemente confiando en el curso del tiempo.*

6. LA EXPERIENCIA COMPARADA

En la tercera parte de su investigación, el autor pasa revista a la experiencia comparada europea, comenzando por la italiana (donde releva el peso de conveniencias políticas de la guerra fría para detener procesos y ocultar datos) y completándola con la francesa, la holandesa y lo que llama el *aterrizaje suave* del comunismo (salvo Rumania), con Polonia, Hungría y Bulgaria. Menciona los casos argentino y chileno y recuerda los reclamos de las Madres de Plaza de Mayo. Destaca que sobre los crímenes de guerra se habla de una verdadera *cultura de la impunidad*, ratificada incluso por la relativa indiferencia después de las primeras condenas al término de la Segunda Guerra Mundial, y afirma la necesidad de un tribunal internacional. Concluye esta parte de la investigación comparada, comprobando que

siempre existen en el derecho interno tres posibilidades: *a*) aplicar retroactivamente una ley penal; *b*) interpretar la ley vigente al tiempo de los hechos, en forma que imponga su punición, la que no habría sido efectiva sólo por cobertura del poder político; *c*) y la tercera, invocar un derecho suprapositivo o natural, con la inseguridad que implica, pero afirmando la existencia de una justicia superior a toda otra. El autor se inclina abiertamente por la segunda posición y niega que con ella se invente un derecho que no ha estado vigente.

7. LAS CONCLUSIONES DEL AUTOR

En la parte conclusiva de la obra, el autor retoma la fórmula de RADBRUCH y reafirma su validez frente a hechos de innegable criminalidad masiva, que son claros casos de intolerancia. En éstos la invalidez de la ley es de origen y subsiste aunque los crímenes no sean punibles sólo por razones de poder. Las críticas a las que reconoce valor frente a la fórmula de RADBRUCH son las que parten de autores que no la niegan, pero que la consideran poco útil por la inseguridad en la individualización de los regímenes que nacen directamente orientados a la injusticia y de los límites de la intolerancia. En otras palabras: pareciera ser que la fórmula de RADBRUCH es clara cuando los hechos son claros, pero no cuando éstos se manifiestan en forma más matizada. Esto no presenta tampoco mayores problemas cuando se trata de leyes represivas, basta con su derogación o con la declaración judicial de invalidez de la ley. El problema se presenta cuando hay leyes que ordenan o permiten la comisión de delitos, en cuyo caso, se pregunta el autor si el mero concepto de intolerancia permite declarar inválida esa ley y si con eso no se viola el principio de irretroactividad.

El único obstáculo que encuentra el Prof. VASSALLI es la irretroactividad, que, en definitiva, sería el único argumento serio que se ha esgrimido contra la fórmula de RADBRUCH en el debate alemán. La pregunta fundamental sería si es admisible que el juez apele a la intolerancia de la fórmula de RADBRUCH respecto de la ley que garantizaba la impunidad del sujeto (en el caso del muro, mediante una causa de justificación legal) para condenar por hechos cometidos bajo un ordenamiento precedente. Esta pregunta supone otras cuestiones derivadas, y la primera es que, en este caso, no se trata de una ley retroactiva, sino de una interpretación acerca de la misma ley adoptada por la jurisprudencia. Pero de cualquier manera, y si bien se reconoce que la jurisprudencia no tiene el carácter de una ley y la libertad interpretativa del juez debe ser respetada, no es menos cierto que, en casos como el de los homicidios del muro de Berlín, produce cierto desconcierto. Por ello, el autor concluye que si bien una ley hubiese corrido el riesgo de violar el principio de irretroactividad, no hay duda de que también hubiese dado mayor certeza, porque ante la posibilidad de interpretaciones libres de los jueces, el uso de la fórmula de la intolerancia por parte del legislador hubiese facilitado un criterio más firme. *Es más propio de la obra legislativa que de la jurisprudencial el trabajo de selección impuesto por cualquier tentativa seria de elaboración jurídica del pasado*, afirma el autor. Se pregunta si cuando se presentan estas situaciones, conviene confiar la solución sólo a los jueces o si no es mejor acudir a leyes guiadas por una visión general y comprensiva de la materia. En cierto sentido, el autor toma partido por la solución de HART que, en tales supuestos muy excepcionales, entiende que las leyes penales retroactivas son el mal menor, aunque se aparta parcialmente de ella. Llega a esta conclusión porque, en el fondo, considera que se trata de una decisión de ca-

rácter eminentemente político, en razón de que *la superación del pasado puede intentarse por medios jurídicos, pero siempre será un hecho de la esfera moral e intelectual de individuos y de grupos. Habrá quienes prefieren olvidar y los que no olvidan; y entre los últimos, quienes se conforman con la conservación de la memoria del mal y los enemigos de la impunidad.* Por ello, el Prof. VASSALLI se muestra partidario de la conexión entre moral y derecho al estilo de RADBRUCH (de una *conexión débil*, al decir de ALEXY), que apela a ella sólo cuando el derecho sea intolerablemente inicuo, pero preferiría que esto lo resuelvan las leyes, incluso retroactivas. En ausencia de leyes, la fórmula de la intolerancia permite que la jurisprudencia considere inválidas leyes civiles, administrativas, fiscales, incluso las penales, pero no todas las leyes penales, porque el límite lo coloca en la prohibición de retroactividad *in malam partem*. Y cuando la opción por la impunidad resulte demasiado fuerte políticamente, o sea, cuando la decisión política sea la de no consentir la impunidad, en tal caso considera que debe apelarse a leyes retroactivas.

8. VALORACIÓN GENERAL

Después de este sintético recorrido, queda ampliamente justificada la importancia que asignamos a la obra al comienzo y que explica la extensión de este comentario. A ello debe agregarse el criterio de mesura y equilibrio que lleva a sus conclusiones al autor, fruto de su larga trayectoria académica y de la propia experiencia como político y juez constitucional. En la Argentina, hemos tenido experiencia en estas materias, y se ha seguido en parte el criterio prudente señalado por el Prof. VASSALLI, al derogar el Parlamento la llamada *ley de autoamnistía* con que trataron de protegerse los dictadores

militares y sus cómplices antes de dejar el gobierno. Mayores problemas han planteado las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, donde la cuestión es más complicada, porque no se trata de un cambio de régimen político, sino del mismo régimen constitucional, sólo que, en el momento de sancionarse esas leyes, altamente presionado por el poder militar. No menos serio es el interrogante que plantea la prescripción, aunque tratándose de crímenes contra la humanidad, cabe pensar en su imprescriptibilidad, sobre la base de que ésta estaba consagrada por el derecho internacional consuetudinario (era *ius cogens*) antes de la Convención respectiva, que sólo se limitaría a confirmarlo por vía formal.

No obstante, la imprescriptibilidad lleva a otros problemas ajenos al derecho penal, pero no por ello menos importantes. Cabe pensar que si el genocidio es imprescriptible penalmente, también lo es civilmente y, por ende, quedan abiertas las vías para su reclamo por parte de los damnificados o sus descendientes. Es sabido que existen hoy en nuestro continente poblaciones enteras, indios y afroamericanos, que sufren las consecuencias de genocidios cometidos en siglos anteriores, algunos no tan distantes en el tiempo. Poco importa que sus autores hayan muerto si las consecuencias persisten, es decir, si poblaciones enteras tienen menores expectativas de vida y subsisten en límites de miseria como consecuencia de esos crímenes. Esto abre el debate internacional sobre las reparaciones, que hasta hoy se viene eludiendo. Poco se ha avanzado en esta materia, pero es mucho más trascendente para nosotros que el Tribunal Penal Internacional. Este último es de incuestionable importancia, pero siempre será un tribunal penal y –como es sabido– la justicia penal es selectiva, recae sobre los que perdieron la cobertura del poder y llega cuando los hechos pasaron. Las características estructurales del poder punitivo no desaparecerán por volverse éste

internacional. En lugar, queda abierto el camino para un mucho más promisor Tribunal de Reparaciones Internacional (o Tribunal Civil Internacional), sobre el que aún nada se ha avanzado. Frente a este planteo, no es válido afirmar que esas reclamaciones tienen carácter histórico y que así lo declararían los tribunales actuales, porque éstos son herederos del poder del genocida vencedor. Tampoco puede alegarse la distancia en el tiempo, porque importaría afirmar que el tiempo convierte al genocidio en fuente de derecho, lo que sería intolerable. Por supuesto que es un tema por completo ajeno al libro del Prof. VASSALLI, que está limitado al derecho penal exclusivamente, pero la reflexión no resulta ociosa en nuestra región.

Sobre los homicidios del muro de Berlín en concreto, creemos que a falta de una ley que diese mayor certeza y claridad de decisión política –como propone prudentemente el autor–, la condena a los jerarcas no parece estar sujeta a críticas muy fundadas. No creemos lo mismo respecto de las condenas a los guardias de frontera, especialmente a los más jóvenes, en razón del largo entrenamiento ideológico, de que virtualmente nacieron y fueron educados en la DDR y que sería muy difícil acreditarles culpabilidad. No creemos que la disposición legal que habilitaba el uso de armas fuese una causa de justificación, sino que les imponía un deber y, por tanto, a nuestro juicio, era directamente una causa de atipicidad cuya intolerancia no podía ser tan manifiesta como se pretende para esos jóvenes.

Por último –y sin perjuicio de reconocer con el autor que se trata de una decisión política– nos preguntamos si en realidad las leyes por las que se inclina son verdaderas leyes retroactivas, o si no son más bien leyes que en una cierta situación de incerteza sólo procuran dar seguridad jurídica, previniendo un posible *linchamiento judicial* por exceso de los jueces. Al menos esto nos pa-

rece claro en los casos de intolerancia manifiesta e innegable, como los que señala el Prof. VASSALLI. Dicho en palabras más claras, siempre es preferible Nurenberg a Dongo; por lo menos en Nurenberg no hubiesen matado a Claretta Petacci ni a su hermano, aunque, en el fondo, ambos hechos quizá tengan un único fundamento, como lo revela el tardío archivo de la causa por la muerte de Mussolini, que se limitó a declararlo un acto de guerra.

Vale la pena reproducir la advertencia con que el autor cierra su magnífica obra: *De toda forma, los problemas expuestos en estas páginas también han sido recordados y discutidos, porque lo que a la mayor parte de los juristas les parecen progresos podrían encontrar nuevamente graves y largos golpes de retroceso, y las incertezas y las sorpresas no están por cierto destinadas a desaparecer. En tal caso nos podríamos encontrar solos, sin sustento adecuado en el derecho internacional y tener todavía necesidad de una orientación de justicia que nazca de nuestra conciencia.*

COMENTARIO A LA OBRA DE FRANCISCO MUÑOZ CONDE SOBRE MEZGER*

1. El libro y la discusión

El libro del Catedrático de la Universidad de Sevilla no es una obra recientísima, dado que se halla en su tercera edición[1] y al tiempo de publicación de estas páginas quizá se halle, en librería, una cuarta. En América Latina no conocemos ecos ni polémicas con motivo de este libro, de cuya propia lectura se deduce que el apasionamiento español ha desatado críticas[2] que lamentablemente corren el riesgo de abortar la polémica, si por tal se entiende un debate no exento de pasión y subjetividad –como todo lo humano– pero dentro de los límites que imponen el estilo y el paso del tiempo, eterno pulidor de impulsos. Cabe observar que si bien el autor del

* Fancisco Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. El presente trabajo: Buenos Aires-Madrid, 2003.

[1] Las dos anteriores son de 2000 y 2001 respectivamente.

[2] En esencia, parecen ser las siguientes notas bibliográficas: Manuel Cobo del Rosal, nota a la segunda edición del libro, en "Cuadernos de Política Criminal", nº 74, 2001, Instituto Interuniversitario de Criminología, Universidad Complutense, Madrid, pp. 451 a 466; del mismo autor, en el nº 78, 2002, pp. 697 a 705, nota bibliográfica a Tlep, Jan, *Ausmerzung und Verrat, Zur Diskussion um Strafzwecke und Verbrechensbegriffe im Dritten Reich*, Frankfurt am Main, 1999; y Manuel Quintanar Díez, en la misma publicación, nº 76, 2002, pp. 227 y ss., comentario a Gerit Thulfaut, *Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund Mezger (1883-1962)*. Baden-Baden, 2000.

libro no se priva de responder, los críticos han tocado los límites de la injuria y del insulto abierto, con un nivel de violencia que casi no conoce precedentes en nuestra materia y que mal se compadece con una discusión seria sobre un tema que necesita ser esclarecido.

La disputa española parece centrarse en un juicio ético acerca de la persona de Edmund MEZGER. Creemos que es científicamente importante discutir si este autor fue realmente un nazi activo o no lo fue, pero no precisamente porque la primera variable permita formular un juicio ético. Este último propósito puede impedir o dificultar el análisis anterior, porque escamotea el verdadero objeto de interés científico y se empantana en un terreno resbaladizo e incluso cenagoso, que tiende a ahogar la polémica en la casi siempre imposible tarea de juzgar moralmente a semejantes.

Para MUÑOZ CONDE, fue MEZGER un colaborador activo del totalitarismo nazi, ideológicamente identificado con éste; para sus contradictores, un hombre que se adaptó a las circunstancias por imperio de la necesidad. Para el autor del libro, se le debe reprochar su nazismo; para sus contradictores, sólo puede reprochársele que no haya tenido vocación de héroe. Esta última opinión no es original, pues era una tesis bastante difundida en el penalismo del exilio republicano español[3].

Trataremos de retomar el tema central y –con la brevedad del caso y hasta donde nos es posible– procuraremos demostrar que en estos temas, al menos desde la perspectiva importante para el penalista actual, sería un error confundir el análisis de la ideología de MEZGER y el de su persona –en cuanto sea útil para aclararnos

[3] No tenemos noticia de esta opinión por escrito, pero la hemos recogido por tradición oral, por ejemplo del Profesor de Corrientes, el recordado Francisco BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, quien nos dijo, en una ocasión, que durante el nazismo MEZGER era "un hombre muerto de miedo".

aquélla–, con el juicio ético acerca de su comportamiento en tiempos del nazismo.

2. LA INFORMACIÓN ACERCA DE LA PARTICIPACIÓN ACTIVA DE MEZGER DURANTE EL NAZISMO

MUÑOZ CONDE aporta en su libro una información muy nutrida acerca de la participación activa de MEZGER durante el nazismo, que hasta ahora no ha sido desmentida y que, por otra parte, en buena medida confirman las obras alemanas que en los últimos tiempos se ocuparon del tema y que los propios críticos del libro comentan extensamente.

MUÑOZ CONDE señala que la política criminal de los tiempos de Weimar ponía el acento en la delincuencia habitual y marcaba un rumbo que luego sería continuado por el nazismo hasta el extremo, o sea, que el nazismo no partió en esta materia de la nada, como era natural. Es sabido que para todas las policías del mundo no son el mayor problema los criminales atroces, sino los molestos, que reinciden en pequeños delitos o directamente en comportamientos que consideran intolerables para sus valoraciones subjetivas, aunque no lesionen ningún bien jurídico.

Desde que por diversas razones dejaron de emplearse las penas de relegación, la eliminación de las personas molestas fue preocupación especial de las policías y blanco predilecto de las campañas de ley y orden, que tampoco son nuevas. Los empresarios morales siempre insistieron sobre estos sectores sociales, que fueron los primeros en ser considerados una *clase* (clase *peligrosa*, por cierto)[4]. Los estudios sobre la *mala vida* en otros

[4] La expresión no fue inaugurada por el marxismo ni por autores socialistas, sino todo lo contrario: por primera vez se usa por el

países son claros ejemplos de este interés[5]. El discurso eliminatorio a su respecto fue retomado y radicalizado por el nazismo.

Señala MUÑOZ CONDE que MEZGER fue nombrado, en 1934, miembro de la Comisión de Reforma del Derecho Penal que, como es sabido, proyectó la legislación de 1935 que, entre otras disposiciones antiliberales, introdujo la analogía en la legislación penal alemana. Agrega que viajó a países con régimen afín al nazi para dar conferencias y recibir honores y que también disertó ante el Estado Mayor del Ejército alemán de ocupación del norte de Francia y Bélgica, que fue decano de la Facultad de Derecho de München en 1942, que participó en la redacción de un proyecto de ley sobre *extraños a la comunidad* con clara base biologista, que su biologismo es meridianamente claro en su obra traducida y difundida en castellano como *Criminología*, en la cual la invocación de la *raza* y el concepto biológico de *pueblo* no son meras frases de circunstancia del prólogo, sino conceptos que se fortalecen con los argumentos del texto. También recuerda el autor, a propósito del particular concepto de MEZGER conocido primero como *ceguera jurídi-*

Instituto de Francia, en plena monarquía, más de diez años antes de que MARX y ENGELS publicaran su "Manifiesto", en la convocatoria a un concurso público para el mejor trabajo sobre el tema que, por cierto, correspondió a un policía de París: H. A. FRÉGIER, *Des classes dangereuses de la population dans les grandes villes et des moyens de les rendre meilleures, ouvrage récompensé en 1838 par l'Institut de France* (Académie des Sciences Morales et Politiques, Bruselas, 1840.

[5] Valga de ejemplo, siguiendo la tradición de los criminólogos de comienzos del siglo pasado que escribieron sobre el tema en Roma y en Madrid, el libro de Eusebio GÓMEZ, *La mala vida en Buenos Aires*, Buenos Aires, 1908, con prólogo de José INGENIEROS, plagado de juicios morales y que sirvieron de base a los posteriores proyectos de "Estado peligroso sin delito", continuadores de las leyes de levas y de las disposiciones recopiladas sobre "vagos y malentretenidos", reclamados insistentemente por los jefes de policía de turno.

ca y luego como *enemistad al derecho* que, además de usar la fórmula nazi de la analogía para su primera fundamentación en 1944, los ejemplos que utiliza son los de *ultrajes a la raza* y relaciones homosexuales. El segundo podía significar la internación en un campo de concentración, la castración y la muerte y el primero, consistente en mantener relaciones sexuales con personas no arias y, peor aún, mantenerlas judíos con arias, había dado lugar a condenas a muerte, que MUÑOZ CONDE recuerda en detalle. No menos significativos son los párrafos de artículos escritos por MEZGER en esa época, que para nada muestran una mera referencia forzada, sino una construcción de conceptos en perfecta consonancia con el nazismo. Tampoco cabe desdeñar que en los tiempos de Weimar desarrollara su teoría sin mencionar la Constitución de la República.

Una de las informaciones más estremecedoras que aporta MUÑOZ CONDE es la participación de MEZGER en el proyecto de ley sobre *extraños a la comunidad.* Se trataba de un perfeccionamiento de la legislación de eliminación de los *molestos*, que durante la época nazi llevó a la muerte a unas diez y siete mil personas en los campos de concentración. Con mucho detalle el autor analiza la historia de ese proyecto y la ideología que lo anima, como también que era impulsado por las SS. Destaca junto a MEZGER la participación de Franz EXNER, lo que resulta coherente, dada la ideología biologista racista de este último autor, que se puede verificar en castellano en su obra, particularmente cuando afirma que el exceso de representación de negros en las estadísticas criminales de los Estados Unidos obedece a que en ese país se exige a los afroamericanos un esfuerzo civilizador que biológicamente no están en condiciones de realizar. Cabe recordar que EXNER había viajado a los Estados Unidos y se había sentido muy a gusto con los racistas spencerianos que daban base ideológica a la política in-

migratoria de entreguerras en ese país, ponderada muy positivamente por Adolf Hitler en *Mein Kampf*.

El texto del proyecto en que participaron MEZGER y EXNER se transcribe en el libro de MUÑOZ CONDE y es claramente eliminatorio. La puesta a disposición de las SS y la castración, eran medidas que no podían ser sostenidas sino por personas que estaban realmente convencidas de la eficacia y corrección de esas atrocidades. En la página 239, transcribe el autor la orden de pago de mil marcos a MEZGER y a EXNER por sus trabajos en la redacción de ese proyecto, en mayo de 1943. No menos grave es el artículo de MEZGER –que el autor transcribe– donde analiza los casos de esterilización y apuesta a la ampliación del concepto de *asocial* al que esta medida estaba destinada. Es verdad que la esterilización no había sido inventada por los nazis, sino que estaba prevista en varios estados de los Estados Unidos desde 1898 y en un cantón suizo y se la proponía en otros países, pero la esterilización de débiles mentales, de dependientes de alcohol, de homosexuales, etc., nunca se practicó en el mundo con la amplitud con que la llevaron a la realidad en la Alemania nazi, cosa que MEZGER no podía ignorar. Estaba claro que MEZGER compartía plenamente la aplicación de esta medida, al punto de que la reclamaba para una faja de casos más amplia, o sea, que estaba convencido de que era una forma de fomentar la pureza de la raza y el mejoramiento biológico de la población.

Cabe agregar que no aparece en esta edición un trabajo posterior del propio MUÑOZ CONDE, donde informa de las gestiones y visitas realizadas por MEZGER al campo de concentración de Dachau para entrevistar a varios *extraños a la comunidad*, sobre los que trabajaba en ese proyecto eliminatorio[6]. El particular interés de MEZ-

[6] MUÑOZ CONDE, Francisco, *Las visitas de Edmund Mezger al campo de concentración de Dachau en 1944*, en "Revista Penal", La Ley, nº 11, enero de 2003, pp. 81 y ss.

GER en este caso es indicador de un verdadero convencimiento de la necesidad de eliminación.

Esta información no es desmentida ni discutida por ningún autor alemán. Se trata de datos que parecen tener plena validez histórica, fundados en documentación que no se halla cuestionada, en su mayoría proveniente de los propios archivos alemanes. Los contradictores de MUÑOZ CONDE en España se limitan a criticar la forma de citar, las omisiones de página, a discutir si la información ya se hallaba disponible en otras investigaciones, etc., pero tampoco cuestionan la autenticidad de los datos, que es lo importante en este caso.

La pregunta ineludible a la luz de los datos señalados es si era realmente MEZGER un nazi. Pero la respuesta puede perdernos si no tenemos en cuenta que, aunque sea afirmativa, no implica un juicio ético ni quita nivel a la calidad científica de MEZGER. La respuesta que pretenda un juicio ético sería adecuada si estuviésemos discutiendo la conveniencia de erigirle un monumento, lo cual no es del caso; en cuanto a lo segundo, nadie pone en duda que HEIDEGGER fue nazi, al menos en los primeros años del régimen, y esto no impide reconocer que fue uno de los filósofos más importantes del siglo pasado.

Es verdad que se tiende a idealizar y a veces a erigir en modelos a los autores citados con frecuencia, por lo que el juicio moral no sería del todo indiferente, especialmente en la formación de los nuevos juristas. Pero creemos que en esto, lo mejor es proporcionar los datos, quitar estímulo a la idealización personal de cualquier autor –que es siempre negativa– y permitir que cada quien haga su propio juicio y levante o no el monumento según su conciencia.

Lo importante para el penalista actual es saber si MEZGER se identificaba ideológicamente con el control social punitivo del régimen nazi (o si sólo creía que éste era un tanto exagerado), o si lo repudiaba en su interior.

Esto tiene interés porque, en la primera hipótesis, sería inevitable que sus ideas se plasmaran en su doctrina que, como es sabido, dominó algunas décadas de la dogmática de lenguas castellana y portuguesa. Y lo cierto es que, frente al cúmulo de datos aportados, nada parece avalar la hipótesis de un rechazo interior.

Más aún, creemos que esto, aun sin quererlo, importaría un juicio moral muy severo en contra de MEZGER. Cuando los críticos de MUÑOZ CONDE, tratando de defenderlo, pretenden que MEZGER sólo actuaba para defender su posición, presentan una imagen de éste que nada autoriza a sostener, pues es muy claro que sería éticamente inadmisible –por no decir directamente despreciable– que sin haber estado convencido hubiese participado en semejantes emprendimientos y aceptado viajes, conferencias, comisiones y honores sólo por conveniencia. La circunstancia de que alguien comparta una ideología es sólo un hecho, por aberrante que nos parezca esa ideología; que eso sea reprochable es un juicio ético que no viene al caso, pero pretender que eso lo hizo sólo por conveniencia, importa prácticamente considerarlo un psicópata, y nada nos autoriza a formular semejante juicio personal y menos aún sobre la base de presunciones que los hechos parecen desmentir.

Tampoco podemos concluir, de los datos aportados, que MEZGER fuese *el* penalista o *el* criminólogo del nazismo. Fracasan todas las tentativas de hallar –en cualquier materia– *un* único ideólogo del nazismo, porque los jerarcas usaron a los académicos en cuanto actuaron a su amparo y les fueron funcionales, pero a medida que perdieron poder o funcionalidad, sus estrellas se eclipsaron. Esto pasó con HEIDEGGER, con Carl SHMITT y con muchos otros, salvo el supuesto en que el propio jerarca operase como ideólogo; tal vez –si pudiese calificarse de ideología su delirio– sería ROSENBERG un ejemplo. En el caso de MEZGER es muy curiosa su insistencia

hasta último momento del régimen, especialmente cuando ya la catástrofe era casi inminente y de toda evidencia, lo que no es un dato secundario como indicio de su íntima convicción, o sea, de que era un hombre que realmente se identificaba con los métodos de control social punitivo del nazismo y no un amoral que tomaba parte en empresas que importaban la base ideológica de la eliminación de muchas personas, sólo por conveniencia o por carrerismo académico o burocrático.

3. LA INCONVENIENCIA Y LA IMPOSIBILIDAD DE PLANTEAR LA CUESTIÓN COMO UN JUICIO ÉTICO

Es necesario detenerse en la cuestión ética para subrayar la necesidad de eludirla y, al mismo tiempo, poner de manifiesto su enorme dificultad, que prácticamente lleva a una imposibilidad de formulación asertiva.

En principio, el nazismo no surgió del vacío. Sus atrocidades se legitimaron con discursos muy anteriores. Los nazis no inventaron la esterilización de enfermos y marginales, el racismo ario, el antisemitismo, la misoginia, la xenofobia, la homofobia, la analogía penal, el derecho penal de autor, la peligrosidad sin delito, el biologismo criminológico, el culto al héroe, el personalismo, el imperialismo, etc. Puede decirse que casi no inventaron nada, aunque usaron todo para racionalizar el mayor genocidio del siglo pasado. MEZGER, por rázones cronológicas, tampoco fue un producto del nazismo, no creció ni se educó en las escuelas nazis, no fue un miembro de la *Jugend* hitleriana, sino que se formó en un mundo donde el biologismo era moneda corriente y se nutrió de los argumentos que luego emplearía el nazismo para legitimarse.

Con razón dice FOUCAULT que el poder no sólo crea el saber, sino también al sujeto cognoscente. Es muy difí-

cil formular un juicio de reproche a una persona en razón del conocimiento que internalizó en su época.

Por otra parte, no puede simplificarse el argumento referido al *miedo*, que siempre es bastante complejo, como sabemos todos los que hemos tenido la desgracia de vivir sometidos a dictaduras. Es sabido que el miedo condiciona mecanismos de huida y la racionalización y la autocensura pertenecen a esta categoría. Para quien a lo largo de su formación ha recogido elementos autoritarios y racistas, el miedo no hace más que facilitarle su rápida digestión. El inconsciente de defiende huyendo hacia la aceptación consciente de hechos que, de otra manera, rechazaría frontalmente y, por cierto, nadie pretenderá reprocharle el inconsciente a MEZGER ni a ninguna persona.

Tampoco esto tiene nada que ver con la ideología política o la actitud general de los autores que difundieron la dogmática de MEZGER o que lo tradujeron. Sería absurdo olvidar que el neokantismo llegó a la América de lengua castellana de la mano de los penalistas del exilio republicano español, tanto como pasar por alto que FERRI era socialista en sus tiempo de máximo esplendor, que la llamada *ley de vagos y maleantes* –tan útil al franquismo– fue sancionada por la República, que LOMBROSO era judío e hijo de rabino, etc. Los elementos ideológicos autoritarios se arrastran muchas veces de modo insensible y dan lugar a incoherencias que en su momento no se perciben, pero que son altamente peligrosas.

De allí que lo importante no sea formular un juicio ético sobre MEZGER, sino averiguar si aceptaba y compartía el control social punitivo del nazismo y si incorporaba esas racionalizaciones a su sistemática. Justamente es necesario desentrañar esto, para saber hasta qué punto podemos arrastrar hasta el presente elementos ideológicos provenientes de ese contexto.

Dado que los datos que enumera MUÑOZ CONDE inclinan a pensar muy seriamente en la identificación de MEZGER con el arsenal racionalizante del nazismo, se hace necesario abrir la polémica, pues nosotros también somos sujetos cognoscentes, en buena parte condicionados por el poder y, por tanto, debemos exigirnos la tarea de expurgar al máximo nuestro saber de los elementos autoritarios que heredamos por arrastre. Nadie pretende formular un juicio ético contra ARISTÓTELES porque consideraba *natural* la esclavitud, sino advertirlo para evitar caer en racionalizaciones que, mediante un torcido camino de pensamiento, nos puedan llevar a conclusiones semejantes.

4. LOS ELEMENTOS AUTORITARIOS DE LA DOGMÁTICA DE MEZGER

Desde hace muchos años consideramos que varios aspectos de la dogmática jurídico-penal de MEZGER eran incompatibles con un sano entendimiento del derecho penal liberal[7]. No parece admisible su ficción de dolo en los casos en que, según su propia definición, no había dolo. El remiendo de su *teoría limitada*, más allá de la invocación de la fórmula nazi de la analogía y de los estremecedores ejemplos a que apela para graficarlo, es una clara pretensión de sustituir la consciencia de lo ilícito por algo que no es tal y que queda librado a la arbitrariedad judicial. Su extenso trabajo sobre el hecho penal como totalidad[8] nos conmovió desde su primera lectura; creemos que es imposible repasar sus páginas sin advertir en ellas un enorme esfuerzo de racionalización autoritaria. Su concepción de la culpabilidad por la conducción de la vida es el más fino esfuerzo llevado a ca-

[7] Lo hemos hecho en *Teoría del delito*, Buenos Aires, 1973.
[8] *Die Straftat als Ganzes*, en ZStW, 57, 1938, pp. 675 y ss.

bo para reprochar el carácter o la personalidad, obviando la objeción de que con ello se reprocha el equipo biológico y los mismos genes, aunque en ese esfuerzo se traicione a ARISTÓTELES y se haga caso omiso de la legalidad, todo ello sin contar con que semejante idea parece responder a una omnipotencia sin límites, dado que pretende una función divina, al querer juzgar (reprochar) la existencia misma de un semejante. Este supuesto concepto de culpabilidad es casi aterrador, pues parece un incidente del juicio final, desprendido y resuelto por adelantado, mucho más arbitrario que la vieja peligrosidad positivista.

Desde hace décadas consideramos necesario poner de manifiesto estos y otros ribetes del pensamiento penal de MEZGER incompatibles con el derecho penal liberal, especialmente porque la teoría de este autor fue prácticamente la única que recibimos del neokantismo en América Latina.

Es sabido que el neokantismo, en razón de la teoría del conocimiento que le sirve de base y de la consiguiente clasificación de las ciencias o saberes, permite elaborar sistemas de muy diferente estructura y con dispar signo ideológico, pero no fueron traducidos al castellano ni al portugués los penalistas neokantianos liberales como Max Ernst MAYER, ni tampoco el camino ensayado por Hellmuth von WEBER. Lejos de nuestro ánimo está imputar esto a increíbles conspiraciones, pues sabemos que casi siempre las cosas suceden por casualidad, pero lo cierto es que el neokantismo que se difundió fue casi únicamente el de MEZGER, o sea, su versión más alejada del derecho penal liberal. A tal punto es esto cierto que, muchos años después, llegaron traducciones de obras generales con un concepto bimembre del delito y tipo complejo, que fueron interpretadas como una síntesis de los dos extremos de la polémica de los años cincuenta, cuando en realidad proceden de la sistemá-

tica de Hellmuth von WEBER, quien concibió el tipo complejo muy tempranamente[9], expuso en los años treinta sus críticas al sistema de MEZGER[10] y desarrolló su sistemática en forma coetánea a la polémica *causalismo/finalismo* y no como resultado de ésta[11].

5. LA POLÉMICA CON EL FINALISMO DE HANS WELZEL

Pero no fueron sólo los aspectos señalados anteriormente los que nos llevaron a reparar en los componentes autoritarios del discurso jurídico-penal de MEZGER y a prevenirnos a su respecto. Existe un tema, a nuestro juicio más importante, que se refiere a otro de los aspectos que los contradictores critican a MUÑOZ CONDE, o sea, el referido a la polémica con WELZEL, que alcanza su mayor tono con el opúsculo *Moderne Wege*, traducido por el autor de este libro[12]. Se le imputa a MUÑOZ CONDE que considere que la polémica fue un recurso para levantar una cortina de humo que ocultase el entonces reciente pasado nazi de MEZGER y, por ende, que haga cargo a WELZEL de participar en semejante conjura, convirtiéndolo en una suerte de cómplice de encubrimiento.

En realidad, MUÑOZ CONDE en ningún momento atribuye esa conducta a WELZEL, sino sólo a la intención de MEZGER al promover el debate. En rigor, nadie puede penetrar hoy las motivaciones íntimas de MEZGER de hace más de cincuenta años, como tampoco podemos descartar su eventual funcionalidad en esos años lejanos, pe-

[9] H. von WEBER, *Grundriss des Tschekoslowakischen Strafrechtes*, Reichenberg, 1929, pp. 13 a 19.

[10] *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, Jena, 1935.

[11] En su *Grundriss* de 1946.

[12] Edmund MEZGER, *Modernas orientaciones de la Dogmática jurídico-penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ro creemos que aquí, a MUÑOZ CONDE se le escapa el verdadero sentido político de la polémica que, en nuestra opinión, no haría más que confirmar lo que los datos del propio MUÑOZ CONDE indican.

Si tomamos la polémica reducida a una cuestión de solución de casos de errores vencibles de prohibición –y excluyendo la posibilidad de que MEZGER y WELZEL hayan sido dos orates– es claro que esa encarnizada discusión tiene algún significado diferente, o sea, que hay en ella una clave que parece ocultar algo. En efecto: en cada época se habla con cierto lenguaje y la cuestión técnica es la clave de su tiempo, no sólo un simple pretexto. Lo que en el fondo discutían era el enfrentamiento de dos teorías del conocimiento –no sólo diferentes, sino antitéticas e incompatibles– como base para la construcción de la teoría del delito y del derecho penal mismo. El realismo de WELZEL –y en especial su teoría de las estructuras lógico/reales– obligaba a la dogmática a reconocer límites impuestos por los datos del mundo, lo que implicaba la introducción de éstos en la construcción jurídica.

MEZGER había sido el más fino constructor de un derecho penal con metodología que excluía todo dato del mundo real que obstaculizase la labor jurídica de racionalización de la fantasmagórica *voluntad del legislador* en un sistema cerrado en sí mismo, sumiso a los designios políticos. A ello se debe que el sistema de MEZGER haya pasado, con pocas alternativas, de la República de Weimar al nazismo y de éste a la República Federal. La base misma de su construcción corría peligro con la introducción de cualquier dato del mundo, pues alteraba por completo su metodología constructiva. Su alta tecnología conceptual se tambaleaba con el método y la teoría del conocimiento que proponía WELZEL para elaborar la sistemática de su teoría del delito, sin contar con que alguien podía pretender extender la tesis de las

estructuras lógico/reales a la teoría de la pena y al poder punitivo en general, con consecuencias entonces impensables.

Todos los autoritarismos tienen políticos que hacen demagogia con discursos penales de bajo nivel, lo que en el caso del nazismo llevó a cabo la llamada *escuela de Kiel.* Pero el escaso tecnicismo de esos discursos muy raramente los hace útiles a la jurisprudencia, que demanda una construcción sistemática mucho más sólida, en particular en Alemania, donde la judicatura era una burocracia muy fuerte, con una carrera sólidamente estructurada y jerarquizada. El sistema a la medida de las demandas técnicas de la judicatura lo proporcionó MEZGER, dotado de un meticuloso aislamiento de la realidad –que no toleraba la introducción de ningún dato del mundo sin el salvoconducto del legislador– que le permitió presentarse como una elaboración envasada, con la etiqueta que anunciaba su carácter puramente técnico y políticamente no contaminado. Este ingenio penal tan meticulosamente construido por MEZGER se derrumbaba por la brecha al realismo que le abría WELZEL y, por ende, su autor no podía permanecer indiferente ante la demolición de su sofisticado edificio.

El culto neokantiano a un *deber ser* que se separa tanto del *ser* que llega al extremo de inventarlo como un *ser que nunca llegará a ser*, fue también funcional en América. Más allá de la ignorancia de algunos y de la bajeza delatora de otros, cabe pensar que hubo un susurro inteligente en la imputación de *marxismo* y *comunismo* que se formuló al finalismo cuando por los años setenta llegó al Río de la Plata, lo que era por cierto una peligrosa y a veces mortal adjetivación en los años de plomo. Sería muy simple considerar que eso fue sólo una anécdota folklórica sudamericana y dejar a un lado el fundado temor de algunos colaboracionistas de nuestras dictaduras locales frente al riesgo de ver desmonta-

do el discurso que destinaban a sus sumisos tribunales y que habían elaborado siguiendo las líneas del neokantismo. En uno de los pocos testimonios escritos de este singular episodio –dado que los emisores del susurro originario nunca escribieron su dislate, por lo que quedaron para siempre en la sombra– uno de los defensores rioplatenses del sistema neokantiano afirmaba que cualquier incorporación, en la construcción jurídico-penal, de un dato de la realidad no incorporado por el legislador constituye una ideologización del derecho[13]. Curioso pero interesante argumento: incorporar datos de la realidad es una tarea estigmatizada como *ideologización*; excluirlos arbitrariamente parece ser digno de alabanza como *ciencia pura*, aunque lo que se excluya sea la información acerca de un genocidio o de la desaparición y muerte de decenas de miles de personas.

El neokantismo contribuyó al saber penal con aportes técnicos notables en cuanto al perfeccionamiento de la fineza en la elaboración conceptual y fue adoptado como metodología por autores de filiación liberal como Gustav RADBRUCH y Max Ernst MAYER, pero adolecía de un grave defecto de base: al separar tan radicalmente las ciencias de la naturaleza (*ser*) de las de la cultura o del espíritu (*deber ser*), permitía construir una ciencia del *deber ser*, pero olvidando que el *deber ser* es un *ser que aún no es* (si algo debe ser es porque aún no es), pero que en cualquier caso podría *llegar a ser*, es decir que el *deber ser* debe tener en cuenta una *posibilidad de ser*; olvidar esta condición permite inventar un mundo que *no es ni nunca podrá ser*. Para el neokantismo, el caos del mundo real se volvía disponible sólo cuando el valor ponía orden y con ello lo hacía comprensible, y los valores se afirmaba que *no son*, sino que valen; la consi-

[13] BAYARDO BENGOA, Fernando, *Dogmática jurídico- penal. Reformulación y perspectivas*, Montevideo, 1983, p. 28.

guiente pregunta (¿para quién valen?) no se formulaba, con lo cual se admitía su obvia respuesta: para el poder. Si en ese mundo inventado el poder era mínimamente racional y constitucional, la construcción sistemática tendía a responder a principios liberales, pero cuando dejó de serlo, la construcción reflejó claramente la nueva tendencia dominante del poder.

El penalismo neokantiano de las primeras décadas del siglo pasado siguió este camino, presuponiendo un poder racional, pero a medida que el poder se alejaba de la racionalidad hasta la aberración, esa construcción se convertía en una auténtica máquina racionalizadora. Y la máquina fue usada como tal por MEZGER, hasta sus últimas consecuencias. No hacen falta más muestras de esta labor racionalizadora que las ya mencionadas, basta como pruebas el aterrador ejemplo que busca para graficar su remiendo al dolo y su concepto de culpabilidad.

WELZEL introducía un palo en los engranajes de esa máquina de racionalizar. Como es sabido, se enmarcaba en el pensamiento jurídico de posguerra que –con las debidas reservas y pese a lo modesto de sus ambiciones– puede llamarse de *vuelta al iusnaturalismo*, en el que se inscribía también la tan discutida *Kehre* de Gustav RADBRUCH y la general apelación a la *naturaleza de las cosas* (la *Natur der Sache*). En este sentido, puede señalarse a WELZEL como el penalista de los tiempos de Adenauer, en alguna medida paralelo al caso de Giuseppe BETTIOL en Italia, pero no puede confundirse al penalismo de los tiempos de Adenauer y De Gasperi con el de entreguerras. Sería un gravísimo error confundir todo, sea por interpretar los datos sólo literalmente, sin comprender las limitaciones y condicionamientos del lenguaje de una época, y pretender que todo se reducía a debatir la solución de los casos de error vencible de prohibición, ni tampoco minimizando las diferencias, como hacen las derechas (o las izquierdas cuando afirman

que todos eran *reaccionarios* o conservadores). Pongan atención en esto las actuales generaciones jóvenes, a veces deslumbradas con nuevos sistemas encerrados en sí mismos y ajenos a la ética.

MEZGER y WELZEL eran dos pensadores potentísimos y ambos sabían perfectamente que cuando discutían sobre el error vencible, lo hacían en un lenguaje condicionado, pero en realidad no hacían más que tomar una consecuencia y librar una batalla jurisprudencial para imponer un marco ideológico mucho más amplio, en el que estaba en juego la base constructiva de teoría del conocimiento y con ella el concepto mismo del derecho penal y del derecho en general. Para comprender esto debe leerse la polémica entendiendo el lenguaje de su tiempo, que también imponía algunos silencios. No debatían sólo si había dolo o culpa en el error vencible de prohibición, sino si había una estructura lógico/real fundamental que vinculaba el derecho a la persona y cuya violación quitaba validez a la fuerza represiva.

En síntesis, creemos que esta polémica de los años cincuenta no está agotada ni mucho menos, sus temas son reiterativos[14] y vivimos momentos que anuncian su reactualización en forma dramática. Por ello, creemos que abrir el debate sobre el pensamiento autoritario en el campo penal, analizando los datos personales de quienes han sido protagonistas, en la medida en que sean idóneos para arrojar luz sobre su pensamiento, no sólo contribuye a depurar nuestro discurso de los elementos que podemos traer por arrastre, sino que actualiza una polémica que no está cerrada, como que nunca se dará por terminada la dialéctica entre el derecho penal liberal y el autoritario o, en perspectiva más amplia,

[14] Ver, por ejemplo, Giuliano VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Nápoles, 2001.

entre el Estado de derecho y el Estado de policía. Para ello, el libro de MUÑOZ CONDE nos proporciona valiosísimos datos y una excelente base de polémica, a condición de no perdernos en juicios morales, que no vienen al caso.